Die Maximalhypothek.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der Universität Göttingen

vorgelegt

von

Erich Hermann Treitel

Referendar im Bezirke

des Königlichen Kammergerichts Berlin.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Berlin-Charlottenburg 1914

Adler-Druckerei, Grolmanstr. 42.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548110_0080

Vorwort.

Bei einer Behandlung der Maximalhypothek ist es unerlässlich, auf viele Teile des Hypothekenrechts und auch verschiedene andere Rechtsgebiete einzugehen, da nur aus dem Zusammenhange mit ihnen das Wesen und die Besonderheiten der Maximalhypothek sich ergeben. Dieser Umstand macht es notwendig, bei einer speziellen Erörterung der Maximalhypothek die allgemeinen Grundsätze des Hypothekenrechts sowie auch einiges anderes als bekannt vorauszusetzen und nur kurz zu berühren, wenn der Inhalt der Abhandlung nicht unübersichtlich werden soll. Aus diesem Grunde ist in der folgenden Arbeit ein näheres Eingehen auf alles das vermieden worden, was zwar zum Verständnis der Maximalhypothek dient, dieser aber nicht eigentümlich ist. Diese an gewissen Stellen hervortretende Kürze der Ausdrucksweise hat auch zur Folge, dass die Literatur der allgemeinen Fragen, die bei der Abfassung der Arbeit in jeder Beziehung berücksichtigt wurde, nicht im Einzelnen angegeben werden konnte.

Da in dieser Arbeit ferner eine prinzipielle Behandlung der aus dem Rechtsinstitut der Maximalhypothek sich ergebenden Probleme beabsichtigt ist, ist auch der Stand der Wissenschaft und Praxis, soweit er die Maximalhypothek als solche betrifft, nicht ex professo zum Gegenstand der Erörterung gemacht worden, sondern unter Vermeidung des Eingehens auf jede der in den verschiedensten Punkten divergierenden Ansichten nur in den Anmerkungen vergleichsweise dargestellt. Entscheidend hierfür war auch, dass infolge der Spaltung der Literatur in direkt auf entgegengesetztem Standpunkte stehende Gruppen eine bei jeder Streitfrage zu

wiederholende Aufzählung der infolge der Grundlage auseinandergehenden Resultate nicht jedesmal erforderlich erschien. Es mussten häufig in solchen Fällen Verweisungen auf die bei den Grundfragen gegebenen Literaturzusammenstellungen genügen.

Endlich wurde noch eine ausführliche Darstellung der Geschichte der Maximalhypothek sowie der Uebergangsvorschriften als schon genügend geklärt fortgelassen, da hierbei nichts Neues hätte gebracht werden können. Insoweit muss auf die bisherige Literatur verwiesen werden.

Die Abkürzungen in den Literaturangaben finden ihre Erklärung in dem am Schluss der Arbeit beigefügten Literaturverzeichnis.

Inhaltsangabe.

Allgemeiner Teil.

Seite

Einleitung § 1. . . . . 7 — 10

I. Kapitel. Begriff der Maximalhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

1. Abschnitt. Die begriffliche Besonderheit der Maximalhypothek. § 2 . . . . . 10 — 14

2. Abschnitt. Die gesetzlichen Sonderbestimmungen bei der Maximalhypothek:

1. Die Maximalhypothek als Sicherungshypothek. § 3. . . . . 15 — 16

2. Die Einrechnung von Zinsen und Nebenleistungen in den Höchstbetrag der Maximalhypothek. § 4. . . . . 16 — 18

3. Die Nichtakzessorität der Forderung bei der Maximalhypothek. § 5. . . . . 19 — 20

4. Die Vorschrift des § 2166 Abs. 3. § 6. . . . 20 — 21

II. Kapitel. Der Inhalt der Maximalhypothek.

1. Abschnitt. Die Probleme, die sich aus der Beziehung der Maximalhypothek zur Forderung ergeben. § 7. . . . . 21 — 23

2. Abschnitt. Diese Probleme im allgemeinen:

1. Die Hypothek für künftige Forderungen. § 8. 23 — 36

2. Die Hypothek für bedingte Forderungen. § 9. 36 — 39

3. Die Hypothek für dem Betrage nach schwankende Forderungen. § 10. . . . . 39 — 43

4. Die Hypothek beim Wechsel des Grundstückseigentümers und beim Auftreten von Regreßhypotheken. § 11. . . . . 43 — 49

3. Abschnitt. Die Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die Maximalhypothek und zwar in Ansehnung

1. der Beziehung zwischen Maximalhypothek und Forderung. § 12. . . . . 49 — 53

2. der Beteiligung mehrerer Forderungsgläubiger an der Maximalhypothek. § 13. . . . . 53 — 56

3. des Vorbehalts der Feststellung der Forderung, § 14. . . . . 56 — 60

Besonderer Teil.

Seite

Einleitung § 15. 61

I. Kapitel. Das materielle Recht.

1. Abschnitt. Entstehung und Untergang der Maximalhypothek. § 16. . . . . 61 — 65

2. Abschnitt. Der Uebergang der Maximalhypothek

1. ohne Forderung. § 17. . . . . 65 — 67

2. mit Forderung. § 18. . . . . 67 — 75

3. Abschnitt. Die Umwandlung der Maximalhypothek. § 19. . . . . 75 — 78

4. Abschnitt. Die Forderungsauswechslung bei der Maximalhypothek. § 20. . . . . 78 — 80

5. Abschnitt. Die Uebertragung der Forderung ohne die Maximalhypothek. § 21. . . 80 — 82

6. Abschnitt. Rangstellung und Vormerkung bei Maximalhypothek. § 22. . . . . 82 — 84

II. Kapitel. Das formelle Recht.

1. Abschnitt. Die Geltendmachung der Maximalhypothek:

1. insoweit sie Gläubigerhypothek ist

a) im Zivilprozess. § 23. . . . . 84 — 87

b) bei vertraglicher Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. § 24. . . . 87 — 93

2. insoweit sie Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek ist. § 25. . . . . 94 — 96

2. Abschnitt. Die Behandlung der Maximalhypothek bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. § 26. . . . . 96 — 100

3. Abschnitt. Die Zwangsvollstreckung in die Maximalhypothek:

1. insoweit sie Gläubigerhypothek ist. § 27. . . 100 — 105

2. insoweit sie Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek ist. § 28. . . . . 105 — 107

Literaturverzeichnis . . . . . 108 — 111

Erläuterung der Abkürzungen. . . . . 112 — 118

Allgemeiner Teil.

Einleitung.

§ 1.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Realkredits liegt einerseits in der Möglichkeit einer Kapitalsanlage in dem Sinne, dass ohne gleichmässige Verteilung des Risikos auf mehrere Personen Unternehmungen zur Ausnutzung von Grundstücken durch Beschaffung der dem Einzelnen nicht zur Verfügung stehenden Geldmittel finanziert werden. Andererseits — und dies ist der juristischen Konstruktion des Grundpfandrechts mehr entsprechend — dient der Grundkredit zur Sicherung von Forderungen, die an sich mit der wirtschaftlichen Ausnutzung eines Grundstückes nichts zu tun haben. Diese letztere Form der Privatwirtschaft führt nun zu einem Bedürfnis für die Sicherung von Forderungen, die nicht genau nach Grund und Betrag bestimmt bei Gewährung der Realsicherheit feststehen oder überhaupt noch nicht bestehen. Bei der ersteren Form des Grundkredits, die sich wirtschaftlich betrachtet als eine Beteiligung an dem Unternehmen der Grundstücksausnutzung darstellt, kommt dieses Bedürfnis nicht in Frage. Denn hier handelt es sich stets um eine feste Kapitalsbeteiligung, auch in dem Falle, dass die Hergabe von gewerblichen Leistungen, Geld und entsprechenden Werten nicht auf einmal geschieht, sondern durch successive je nach den Umständen erforderliche Teileinschüsse.[1]) Im Falle der Sicherung durch Immobilien muss also unterschieden werden zwischen der Sicherung bestehender oder mit der Gewährung der Sicherung zusammen begründeter bestimmter Forderungen und der von vornherein gewährten Sicherung für Forderungen, die ihrem Betrag nach erst entstehen sollen oder in ihrem jeweiligen Bestande von Umständen abhängig

[1]) so z. B. bei der Baugeldhypothek.

sind, die mit der Sicherung als solcher nichts zu tun haben.

Derartige Fälle, in denen das Entstehen der Forderung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder doch als möglich vorauszusehen ist, wenn auch dabei nicht ihr Grund und Betrag vorher bestimmbar erscheint (objektive Ungewissheit), sind häufig. Sie finden sich z. B. dann, wenn zwischen zwei Parteien eine Geschäftsverbindung besteht oder angeknüpft wird, aus der Forderungen hervorgehen sollen, die in einem gewissen wirtschaftlichen Zusammenhange stehen, ohne dass sich ihre Zahl, Art und Höhe vorher bestimmen lässt. Wird hier eine Sicherung für solche aus einer Geschäftsverbindung etwa entspringenden Forderungen bestellt, so stellt sich dies als eine Kreditsicherung dar. Ebenso ist die Sachlage denkbar, wenn aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse Forderungen auf Schadenersatz oder auf eine Vertragsstrafe möglicherweise hervorgehen können, bei denen die Entstehung überhaupt oder der Betrag von künftigen ungewissen Ereignissen abhängt. Bei Vertragsstrafen gilt dies besonders dann, wenn sich die Höhe der Strafe nach der Art der Vertragsverletzung richtet [1]). Eine Sicherheit für solche Fälle ist wirtschaftlich eine Kaution [2]).

Soweit in den genannten Fällen eine Sicherung durch Einräumung eines Pfandrechts am Grundstück gewährt wird, ist diese Sicherung wirtschaftlich dann eine Maximalhypothek, wenn bei Gewährung der Sicherheit zwischen den Parteien eine bestimmte Forderung nicht gedeckt werden soll, — gleichgültig, ob die Forderung objektiv oder nur subjektiv ungewiss ist — sondern die Realsicherheit bestellt wird für eine ihrem Betrage, ihrer Entstehungsmöglichkeit, ja ihrem Grunde

[1]) So z. B., wenn bei einem Konkurrenzverbot die Vertragsstrafe prozentual zu der vertragswidrig gelieferten Warenmenge berechnet wird.

[2]) Hierher gehören: die Kautionen bei Führung einer Vermögensverwaltung, bei einer Vertrauensstellung in fremdem Geschäft, die des Niessbrauchers, Mieters, Pächters usw.

nach unbestimmte Forderung, sofern nur die Haftung des Grundstücks auf einen bestimmten Betrag beschränkt wird. Dem Bedürfnis dieser wirtschaftlichen Maximalhypothek kann nun jede Hypothek deswegen dienen, weil bei der Hypothekenbestellung die Forderung entgegen dem wahren Sachverhalt als eine nach Grund und Betrag bestimmte angegeben werden kann [1]). Die Verwendung einer Hypothek mit bestimmt angegebener Forderung hat aber zur Folge, dass die Hypothekenforderung bis zu einem gewissen Grade unbeweglich ist. Deshalb liegt das Bedürfnis nach einer Hypothekenform vor, bei der die zur Zeit der Bestellung unbestimmte Forderung in keiner Weise durch die Angabe bestimmter Forderungen beschränkt wird. Diesem wirtschaftlichen Erfordernis trägt nun das Bürgerliche Gesetzbuch durch eine besondere Art der Hypothekenbestellung Rechnung. Durch die sogenannte Maximal-, Ultimat-, Höchstbetrags-, Höchst- oder Kautionshypothek des § 1190.

Diese Grundkreditform bedarf insofern einer besonderen Erörterung, weil sie sowohl die einzige vollkommene Möglichkeit der Befriedigung des Bedürfnisses nach einer wirtschaftlichen Maximalhypothek bietet, als auch, weil sie in Fällen benutzt werden kann, in denen wirtschaftlich gar keine Maximalhypothek in Frage kommt, so dass der juristische Charakter als Maximalhypothek gewahrt bleibt, während der wirtschaftliche zu einer fest bestimmten Grundkreditform sich wandelt. Diese Dissonanz hat darin ihre Wurzel, das die juristische Maximalhypothek für die Fälle der wirtschaftlichen Maximalhypothek nur insoweit unbedingt erforderlich ist, als die Hypothekenbestellung unter bestimmter Forderungsangabe deswegen nicht ausreicht, weil die Angabe der bestimmten Forderung dem späteren Schiksale der zu sichernden Forderung möglicherweise nicht gerecht wird. Dem entspricht auch das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es den Unterschied zwischen der

[1]) vgl. § 2.

gewöhnlichen Hypothek und der Maximalhypothek in der bei der Hypothekenbestellung nodwendigen Angabe der Forderung zum Ausdruck bringt.

Durch die Begriffe der wirtschaftlichen und juristischen Maximalhypothek sind Vewirrungen entstanden, die sich in der juristischen Behandlung der Maximalhypothek zeigen. Es ist daher die Lösung für das juristische Wesen der Maximalhypothek im Sinne des § 1190 BGB. dahin zu finden, dass unter scharfer Trennung des Begriffes der juristischen von der wirtschaftlichen Maximalhypothek dargelegt wird, dass die Maximalhypothek ausser der fehlenden Angabe der Forderung keiner von dem sonstigen Hypothekenrecht abweichenden Behandlung bedarf oder fähig ist, und dass alle bei ihr besonders hervortretenden Schwierigkeiten nicht aus der Maximalhypothek als solcher, sondern aus allgemeinen Grundsätzen logisch zu lösen sind.

I. Kapitel.

Der Begriff der Maximalhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

1. Abschnitt.

Die begriffliche Besonderheit der Maximalhypothek.

§ 2.

Die Maximalhypothek ist eine Grundstücksbelastung [1]) d. h. eine Eigentumsbeschränkung des Inhalts,

[1]) und zwar im Gegensatz zur Kautionshypothek des Preussischen Rechts eine unbedingte, wie heute allgemein anerkannt ist. So z. B. Biermann, Bd. 3 S. 613 zu § 1190 Anm. 3 a; Staudinger III S. 950 zu § 1190 1 a β; Neumann I. S. 969 zu § 1190 Anm 1; Turnau-Förster I S. 1021 zu § 1190 Anm. 8; Goldmann-Lilienthal II. S 603 § 81 II 1 und Anm. 50; Crome III S. 800 § 484 3 b; Enneccerus-Kipp-Wolff § 153 III Bd. II, 1 Abt. S. 554; Gierke, II S. 908 § 163 III; Dernburg S. 807 § 243 III; Kober, Seuff. Bl. f. RA. 70. Jahrg. No 10 S. 285; Du Chesne, DJZ. 05 No. 16, 17 S 803 ff.; KG. 4. Juli 04. KGJ. Bd 29 S. B. 50. A. A. vereinzelt Erlanger in Holdheims Mon. 05 No. 1 S. 10.

dass ein Grundstück für Forderungen haftet bezw. zur Befriedigung von Geldansprüchen [1]) dient, die nicht obligatorischer Natur sind. Der Begriff der Maximalhypothek ist in der Bestimmung des § 1190 Abs. I Satz 1 BGB. enthalten. Diese Vorschrift lautet:

> „Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, dass nur der Höchstbetrag bis zu dem das Grundstück haftet, bestimmt, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten wird."

Ueber die Art der Forderungen ist im Gesetze nichts bestimmt. Es können also Forderungen jeder Art der Maximalhypothek zu Grunde liegen: Gegenwärtige, künftige, bedingte, befristete, bestimmte und unbestimmte.

Nicht wesentlich für die Maximalhypothek des BGB. ist somit die Art der Forderung, notwendig ist nur die Bezugnahme auf eine solche bei der Bestellung. Es wäre unzutreffend, davon auszugehen, dass die Maximalhypothek nur für unbestimmte Forderungen bestellt werden kann, wenn auch bei bestimmten Forderungen die Bestellung einer Maximalhypothek meist unpraktisch wäre. Die Maximalhypothek kann für bestimmte Forderungen ebensogut bestellt werden, wie die gewöhnliche Verkehrs- oder Sicherungshypothek für unbestimmte Forderungen. Das Grundbuchrecht beherrscht das formelle Konsenzprinzip [2]). Die Hypothek entsteht durch Einigung und Eintragung. Für die Eintragung ist die Bewilligung massgebend, selbst wenn in ihr von Momenten ausgegangen wird, die garnicht vorhanden sind. Es kommt gemäss dem oben genannten Grundbuchprinzipe also immer nur auf die Angaben des

---

[1]) Da der Begriff der Haftung mit einem Vermögensgegenstande stets nur Befriedigung in Geld bedeutet, kann die Hypothek nur zur Sicherung von Geldforderung dienen. Wird sie zur Sicherung anders gearteter Forderungen bestellt, so bedeutet dies, dass die Hypothek nur dann und insoweit praktisch wird, als die betreffende Forderungen in Geldforderungen übergegangen sind. In diesem Sinne z. B. Bayer. O. L. G. 3 Juni 08 in Recht 08 No. 2675; Staudinger III S. 951 zu § 1190 Anm. 2 a.

[2]) Vergl. § 13 GBO.

Eintragungsantrages an, und diese sind der materiellen Nachprüfung des Grundbuchrichters entzogen [1]).

Ebenso darf nicht, weil die Maximalhypothek meistens für künftige Forderungen bestellt wird [2]), dies als Besonderheit der Maximalhypothek aufgefasst und zum Ausgangspunkt für die Untersuchung ihres Wesens angenommen werden. Denn auch eine gewöhnliche Hypothek kann für künftige, allerdings nur ihrem Grund und Betrag nach bestimmt angegebene künftige Forderungen eingetragen werden [3]), und alle die Fragen, welche durch die Bestellung einer Hypothek für künftige Forderungen hervorgerufen werden, sind deshalb nicht Besonderheiten der Maximalhypothek. Vielmehr wird es sich in dem Regelfalle der Bestellung der Maximalhypothek für künftige Forderungen nur darum handeln, die allgemeinen Grundsätze der Hypothek für künftige Forderungen zur entsprechenden Anwendung zu bringen. [4])

Ebenso wenig bieten die Vorschriften des Abs. I Satz 2 und der Abs. II — IV des § 1190 BGB. einen Anhalt zur Erklärung des Wesens der Maximalhypothek. Sie sind nur aus positiv praktischen Gründen hinzugefügte besondere Gesetzesvorschriften, deren Fehlen naturgemäss zu Konsequenzen führen müsste, die vom geltenden Recht abweichen; mit dem Wesen der Maximalhypothek des geltenden bürgerlichen Rechts aber haben sie nichts zu tun.

Die Vorschrift des Abs. I Satz 2 ist lediglich eine

---

[1]) Ueber die Frage, dass eine Maximalhypothek für bestimmte und eine Verkehrshypothek für unbestimmte Forderungen, besonders derart, dass sie im Innenverhältnis als Maximalhypothek gelten soll, bestellt werden kann: Motive III S. 621 § 1062; Planck III S. 524 zu § 1113 Anm. 5 und S. 712 zu § 1190 Anm. 1; Komm RGR. Bd. I S. 1138 zu § 1190 Anm. 1 und 4; Staudinger III S. 931 zu § 1184 1 a und S. 950 zu § 1190 Anm. 1 a γ; Guethe II S. 1072, S. 1072, 1; RG. v. 27. April 07 im Recht 07 No. 1445; KG. 8. April 07 KGJ. Bd. 34 S. A 321, 22.

[2]) Vergl. § 1.

[3]) § 1113 Abs. II BGB.

[4]) Dies betonen u. a. besonders Meyer in Gruchot Bd. 56 S. 523 ff.; Oertel S. 44.

Folge des Grundbuchsystems, insbesondere der Verbindung der Formalvorschriften des Grundbuchrechts mit dem materiellen Inhalt der Grundbucheintragung. Dass der Höchstbetrag aus dem Grundbuch ersichtlich sein muss, folgt aus dem Prinzip der Publizität des Grundbuches. [1]) Wie also ein Hypothekensystem ohne Grundbuch denkbar wäre, ohne dass dadurch an dem materiellen Inhalt des Hypothekenrechts etwas geändert werden müsste, so wäre auch ohne Wesensänderung eine Maximalhypothek denkbar, deren Höchstbetrag auf blosser Parteivereinbarung und nicht auf einer Eintragung in öffentliche Bücher beruhte.

Es wäre ferner sehr wohl denkbar, die Hypothek nicht als Sicherungshypothek, sondern als Verkehrshypothek zu begründen, — wobei allerdings zu beachten wäre, dass der hauptsächlichste Unterschied zwischen der Verkehrs- und Sicherungshypothek: die Anwendbarkeit des § 1138 BGB. aus praktischen Gründen nicht Platz greifen könnte, — Zinsen als Nebenleistungen wie bei anderen Hypotheken zu betrachten und eine Loslösung der Forderung von der Hypothek auszuschliessen. Inwiefern diese theoretischen Möglichkeiten aus praktischen Gründen zu verwerfen sind, wie es auch das Bürgerliche Gesetzbuch getan hat, ist später zu zeigen [2]).

Es ist daran festzuhalten, dass alles das Wesen der Maximalhypothek Charakterisierende in § 1190 Abs. I Satz 1 BGB. enthalten ist.

Nach dem oben wiedergegebenen Wortlaute des Gesetzes liegt die Besonderheit der Maximalhypothek in der Art ihrer Bestellung. Eine gewöhnliche Hypothek kann gemäss § 1113 BGB. für alle Forderungen bestellt werden, sofern sie nur bestimmt bezeichnet und in bestimmter Höhe angegeben sind. Diese essentialia der Bestellung einer gewöhnlichen Hypothek werden nun bei der Maximalhypothek durch die Angabe des Höchstbetrages ersetzt bis zu dem das Grundstück haften

[1]) § 892 BGB.
[2]) Vergl. §§ 3—5.

soll.

~~würde~~. Höchstbetrag in diesem Sinne ist so zu verstehen, dass nicht die Angabe einer bestimmten Forderung, ja unter Umständen nicht einmal die Angabe eines bestimmten Rechtsverhältnisses bei der Bestellung zu erfolgen braucht, sondern dass es genügt, wenn die Hypothek für den Gläubiger X bis zum Betrage von Y ℳ bestellt wird. [1]) Es fehlt also bei der Bestellung der Maximalhypothek die bei der Bestellung der gewöhnlichen Hypothek erforderliche Individualisierung der Forderung. Daher heisst es auch im Gesetz nicht, dass die Feststellung des Betrages vorbehalten wird, sondern die Feststellung der Forderung. [2])

Die Feststellung der Forderung [3]) ist als ein künftiges Ereignis anzusehen, durch das eine Fixierung der Forderung nach Grund und Betrag — gegebenenfalls auch die endgültige Bestimmung der Person des berechtigten Gläubigers [4]) — eintritt.

Als Resultat obiger Betrachtung ergibt sich somit folgendes: Unter Maximalhypothek ist eine Grundstücksbelastung zu verstehen, welche wie eine Hypothek bestellt wird, jedoch mit der Massgabe, dass die bei jeder anderen Hypothek notwendige Individualisierung der Forderung durch die Angabe eines Höchstbetrages und den Vorbehalt der Feststellung der Forderung ersetzt wird. Mit dem Begriff der Maximalhypothek hingegen haben nichts zu tun die durch positive Gesetzesbestimmung bewirkten Abweichungen von den Regeln über Grundstücksbelastungen im allgemeinen, über Hypotheken und über Sicherungshypotheken im besonderen.

---

[1]) vergl. § 16.

[2]) Die Abweichung des Gesetzeswortlautes von Entw. I § 1129, in welchem nur von der Feststellung des Betrages gesprochen wird und der an die Kautionshypothek des preussischen Rechts anklingt, da dort nicht die Bestellungsweise, sondern die dem Betrag nach unbestimmte Forderung das Charakteristikum bildet (§ 1129 Abs II Entw. I), bedeutet eine materielle und nicht nur eine redaktionelle Aenderung, selbst wenn ursprünglich nur eine rein sprachliche Verbesserung unter Wahrung des Sinnes beabsichtigt war. Derselben Ansicht z. B. Komm RGR. Bd. 1 S. 1137 zu § 1190 Anm. 1.

[3]) Vergl. § 14.

[4]) Vergl. § 13.

2. Abschnitt.

Die gesetzlichen Sonderbestimmungen bei der Maximalhypothek.

1. Die Maximalhypothek als Sicherungshypothek.

§ 3.

Eine in der vorbezeichneten Weise bestellte Hypothek kann nur Sicherungshypothek sein. Das Gesetz drückt dies dahin aus, dass die Maximalhypothek als Sicherungshypothek gilt, auch wenn sie als solche nicht eingetragen wird.[1]) Das Wesen der Sicherungshypothek nach § 1184 BGB. besteht darin, dass die bei jeder Verkehrshypothek anzuwendende Rechtsvermutung über das Bestehen der Forderung (§ 1138 BGB.) fortfällt. Dass diese Vorschrift, welche das Prinzip des guten Glaubens an das Grundbuch für die Hypothek auch in Ansehnung der Forderung vorschreibt, für den Fall der Maximalhypothek keine Geltung haben kann, ist dadurch gerechtfertigt, dass infolge der Besonderheit der Bestellung die Eintragung der Maximalhypothek eine Forderung nicht erkennen lässt. [2]) Das Vorhandensein einer Forderung hat mit ihrer Erkennbarkeit nichts zu tun. Im Gegenteil wird die Vorschrift des § 1138 gerade und nur dann bedeutsam, wenn und insoweit eine Forderung aus dem Grundbuch ersichtlich ist, die nicht existiert. Ist aber eine Forderung aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, so kann ein guter Glaube an das Grundbuch in Ansehnung der Forderung nicht in Betracht kommen. Da bei der Maximalhypothek nach dem Gesetz nur der Höchstbetrag und keine bestimmte Forderung eingetragen wird, so ist es vollkommen konsequent, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Maximalhypothek ausdrücklich bezeichnet als Sicherungshypothek, d. h. als eine Hypothek, bei der das Recht des Gläubigers aus der Hy-

[1]) § 1190 Abs. III BGB.

[2]) Der Grund der Motive, dass der § 1138 geltenden Rechts (§ 1083 Entw. I) ausgeschlossen sein muss, weil er den Zweck der Maximalhypothek vereiteln würde, ist nicht als durchschlagend anzusehen.

pothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann.

Würde die Maximalhypothek nicht durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift als Sicherungshypothek bezeichnet sein, so wäre gleichwohl im Ergebnis die Rechtslage bei der Maximalhypothek in Ansehung der in § 1184 BGB. angegebenen Besonderheiten der Sicherungshypothek die gleiche, weil, wie eben ausgeführt, ja die Grundlage für die Rechtsvermutung des Bestehens der Forderung, die grundbuchmässige Eintragung der Forderung fehlt. Es ist also die Vorschrift des § 1190 Abs. III, insoweit die Anwendbarkeit des § 1138 ausgeschlossen wird, eine Konsequenz der Bestellungsweise der Maximalhypothek in Verbindung mit dem Publizitätsprinzipe des Grundbuches, aber keine begriffliche Voraussetzung der Maximalhypothek. § 1190 Abs. III hat daher tatsächlich nur die formale Bedeutung, dass für die Maximalhypothek die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist.

Es handelt sich bei der Maximalhypothek also nicht um einen Unterfall der Sicherungshypothek nach § 1184, sondern kraft positiver Gesetzesvorschrift um eine Grundstücksbelastung, welche ohne die Voraussetzungen des § 1184 die gleichen Wirkungen wie eine nach dieser Vorschrift bestellte Hypothek hervorruft.

---

2. Die Einrechnung von Zinsen und Nebenleistungen in den Höchstbetrag der Maximalhypothek.

§ 4.

Gemäss § 1190 Abs. II BGB. werden Zinsen nicht als Nebenleistungen behandelt, sondern in den Höchstbetrag eingerechnet. [1]) Unter Zinsen sind nach der all-

[1]) Dies ist eine Ausnahme von § 1115 BGB. Geschieht dennoch eine Eintragung betr. die Zinsen, so ist diese gemäss § 54 GBO. von Amtswegen zu löschen. Die übrige Eintragung behält ihre Gültigkeit. So z. B. Biermann III S. 613 zu § 1190 Anm. 2; RG. Bd. 1 S. 1140 zu § 1190 Anm 3; Güthe I. S. 222 Vorbem. 54 zum 2. Abschn.; KG. 11. 1. 06 in RJA Bd. 7 S. 74.

gemeinen Fassung des Gesetzes sowohl rechtsgeschäftliche wie gesetzliche zu verstehen. [1]) Dass auch sonstige Nebenleistungen unter diese Sondervorschrift der Maximalhypothek fallen, wird in der Literatur wohl fast einstimmig anerkannt. Hingegen sind nach der herrschenden Lehre unter diesen Begriff nicht die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung zu subsummieren. [2]) Dies ist zwar eine ganz willkürliche Regelung, aber eine entgegengesetzte Annahme wird dadurch ausgeschlossen, dass das Gesetz ausdrücklich nur von Zinsen spricht und Zinsen nur solche Nebenleistungen an die Seite gestellt werden können, die ein wirtschaftliches Entgelt für das Kreditieren darstellen. Mangels positiver Gesetzesvorschrift muss also die Bestimmung des § 1118 BGB. betr. die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung auch bei der Maximalhypothek Geltung behalten, sodass das Grundstück für diese auch über den Höchstbetrag hinaus haftet.

Den Grund für die Vorschrift des § 1190 Abs. II bildet wohl das bei der Maximalhypothek besonders betonte Spezialitätsprinzip. Die bei der Maximalhypothek durch die blosse Eintragung des Höchstbetrages vorliegende Unbestimmtheit soll nicht noch durch die Eintragung von Zinsen etc. verstärkt werden; der Höchstbetrag soll eine feste Umgrenzung der Grundstückshaftung darstellen. [3]) Begriffsnotwendig ist die Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag aber nicht.

[1]) So die Protokolle Bd. 3 S. 689: Deshalb wurde der Relativsatz „für welche das Grundstück in Gemässheit der Begründung der Hypothek haftet", gestrichen. Ferner Staudinger III S. 953 zu § 1190 Anm. 3 a α; Planck III S. 714 zu § 1190 Anm. 3 a; KG. 20 6. 07 in RJA. Bd. 9 S. 67. A. A. Fischer-Henle S. 725 zu § 1190 A. 3.

[2]) Aus der Literatur seien hierfür benannt die Motive Bd 3 S. 768 § 1129; Staudinger III S. 954 zu § 1190 Anm. 3 a δ; Planck III S. 713 zu § 1190 Aam 2 b und S. 714 Anm 3 a; Komm RGR. I S. 1140 zu § 1190 Anm. 3; Biermann III S. 613 zu § 1190 Anm 2; Goldmann-Lilienthal II. S. 606 § 81 II 2 a.

[3]) Ebenso Motive III. S. 767 § 1129.

Praktisch wird diese Frage nur, wenn die Gläubigerforderungen den Höchstbetrag erreichen. Uebersteigen die Forderungen unter Hinzurechnung der Zinsen den Höchstbetrag, dann haftet das Grundstück zwar auch für die Zinsforderung, aber nur beschränkt auf den Höchstbetrag, sodass die überschiessende Summe nicht gedeckt wird. Solange aber der Höchstbetrag von den Gläubigerforderungen nicht erreicht wird, hat die Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag, was die Haftung des Grundstücks angeht, keine Besonderheit gegenüber einer nach § 1113 BGB. gestellten Hypothek: Bei beiden Hypothekarten haftet das Grundstück für die Zinsen.

Dass bei der Maximalhypothek die Höhe der augenblicklichen Zinsforderung nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist, bildet keine Besonderheit der Maximalhypothek. Denn auch bei jeder anderen Hypothek kann ohne Klarlegung durch das Grundbuch ein Teil der Forderung durch Rückzahlung erloschen oder infolge von Nichtvalutierung nicht zur Entstehung gelangt sein, sodass trotz der Eintragung des Zinsfusses die jederzeitige Höhe der Zinsforderung nicht aus dem Grundbuch hervorgeht. Die Zweifelsfragen, die dadurch entstehen würden, dass bei der Maximalhypothek die Zinsen nicht in den Höchstbetrag gerechnet würden, wären also identisch mit denen, die bei jeder anderen Hypothek auftreten können. Die Zinsfrage hat sonach mit dem Wesen der Maximalhypothek nichts zu tun.

Der praktische Erfolg der gesetzlichen Regelung über die Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag bei der Maximalhypothek ist nur der, dass im Gegensatz zu anderen Hypotheken durch Erlöschen der Zinsforderung die Grundstücksbelastung nicht beschränkt wird gemäss §§ 1178 BGB., sondern dass auch hier § 1163 BGB. gilt: die Hypothek wird soweit die Zinsforderung erlischt, zur Eigentümergrundschuld.

3. Die Nichtakzessorität der Forderung bei der Maximalhypothek.

§ 5.

§ 1190 Abs. IV BGB. bestimmt, dass bei der Maximalhypothek die Forderung ohne die Hypothek übertragbar ist. Dies ist ein Durchbrechen des im § 1153 Abs. 2 BGB. aufgestellten Grundsatzes, dass die Hypothek nicht ohne die Forderung und die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann. An dem dargelegten Begriffe der Maximalhypothek würde es nun nichts ändern, wenn der Grundsatz der Akzessorität auch bei der Maximalhypothek streng durchgeführt würde, aber praktische Erwägungen haben diese Ausnahmebestimmung veranlasst. Die Uebertragung einer Einzelforderung während der Dauer des der Maximalhypothek zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses würde zu einer von den Parteien in der Regel nicht gewollten Minderung der Sicherheit für das Schlussguthaben führen[1]). Ferner hängt die sonst notwendige Eintragung einer Forderungsabtretung mit der Ausdehnung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die Forderung (§ 1138 BGB.) zusammen, ein Umstand, der, wie schon gezeigt, bei der Maximalhypothek entfällt.

Hierher gehört nicht die Frage, ob die Maximalhypothek Eigentümergrundschuld ist, soweit nicht der Höchstbetrag durch Forderungen des Gläubigers gedeckt ist. Denn auch dieser Standpunkt wäre der Durchführung des Grundsatzes der Akzessorität keineswegs entgegen. Rein logisch wäre es zwar möglich zu sagen, dass bei Untrennbarkeit der Forderung von der Hypothek der einmal als Gläubigerhypothek entstandene Teil der Maximalhypothek durch Erlöschen der Forderung Eigentümergrundschuld werde und dann bleiben müsste. Dies ist aber nicht zwingend: denn die Akzessorität besagt nichts darüber, dass Hypothek und Forderung überhaupt nicht trennbar sind, sondern nur, dass sie insoweit untrennbar sind, als sie neben einander existieren. Es wäre

[1]) Motive Bd. 3 S. 768; Prot. Bd. 3 S. 684/85

also durchaus denkbar, dass wie bei anderen Hypotheken die Wiederumwandlung der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek in eine Gläubigerhypothek durch Parteivereinbarung möglich ist, dies bei der Maximalhypothek ipso iure eintritt, und zwar nicht nur insoweit als die Eigentümergrundschuld noch niemals Gläubigerhypothek gewesen ist, sondern auch, wenn sie bereits schon einmal früher Gläubigerhypothek war und durch Erlöschen einer Teilforderung Eigentümergrundschuld geworden ist.

Das Wesen der Maximalhypothek steht also keineswegs dem Prinzipe der Akzessoritat entgegen.[1])

Der andere im § 1153 Abs. II BGB. enthaltene Grundsatz, dass die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, ist aber durch § 1190 Abs. 4 BGB. nicht durchbrochen. Die Uebertragung der Hypothek ohne die Forderung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen, d. h. nur nach Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld.[2])

---

4. Die Vorschrift des § 2166 Abs. 3 BGB.

§ 6.

In diesem Zusammenhange ist noch einer gesetzlichen Vorschrift Erwähnung zu tun, nach welcher im materiellen Recht die Maximalhypothek einer von anderen Hypotheken abweichenden Behandlung unterliegt, nämlich des § 2166 BGB. Besteht ein Vermächtnis in einem zur Nachlassmasse gehörigen Grundstück und ruhen auf diesem Grundstück Hypotheken, so ist der Vermächtnisnehmer mangels entgegenstehender Bestimmung des Erblassers dem Erben gegenüber verpflichtet, die Forderung, für welche die Hypothek besteht, zu berichtigen unter Beschränkung auf den durch das Grundstück gedeckten Wert. Dieser Satz gilt aber

---

[1]) Näheres über die Uebertragung der Forderung ohne die Maximalhypothek vergl. § 21.

[2]) vgl. § 17.

nur insoweit, wenn ein Dritter dem Erblasser gegenüber zur Berichtigung verpflichtet ist, als der Erbe nicht die Berichtigung von dem Dritten erlangen kann. Ruht aber auf dem vermachten Grundstück eine Maximalhypothek, so ist nur infolge besonderer Bestimmung des Erblassers der Vermächtnisnehmer zur Tilgung dieser Grundstücksbelastung verpflichtet. Die gesetzliche Vermutung für die Zahlungspflicht des Vermächtnisnehmers ist also bei der Maximalhypothek die entgegengesetzte wie bei allen anderen Hypotheken. Der gesetzgeberische Grund für diese Ausnahmebestimmung bei der Maximalhypothek ist wohl darin zu suchen, dass bei der Maximalhypothek die Forderung mit der Hypothek nicht so eng verbunden und durch den Höchstbetrag nicht so genau fixiert ist wie bei anderen Hypotheken, und dass es in der Gewalt des Rechtsnachfolgers des Erblassers steht, den durch den Vermächtnisnehmer zu tilgenden Forderungsbetrag beliebig bis zum Höchstbetrage zu steigern.

II. Kapitel.

Der Inhalt der Maximalhypothek.

I. Abschnitt.

Die Probleme, die sich aus der Beziehung der Maximalhypothek zur Forderung ergeben.

§ 7.

Die Probleme, die bei der Maximalhypothek zu lösen sind, folgen im wesentlichen nicht aus der Art ihrer Bestellung, sondern aus der Art der zu sichernden Forderungen.[1]) Der Hauptfall der praktischen Anwen-

[1]) Vergl. § 2 und ebenda Anm. 7.

dung der Maximalhypothek ist der, dass die Hypothek zur Sicherung von vornherein nicht bestimmbarer künftiger oder bedingter Forderungen bestellt wird, deren Betrag schwanken kann, insbesondere derart, dass die Summe sämtlicher entstehenden Forderungen die Grundstückshaftung übersteigt, gleichwohl aber die zu sichernde Summe infolge Erlöschens von Teilforderungen oder ähnlicher Umstände ständig durch die Grundstückshaftung gedeckt sein kann. [1]) Hiermit ist bereits gesagt, dass alle bei einer derartigen Maximalhypothek entstehenden Fragen nicht mit dem Wesen der Maximalhypothek als solcher, sondern mit dem der Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen mit schwankendem Betrage zusammenhängen. Es sind daher alle Erörterungen über diese Punkte allgemein und nicht nur für die Maximalhypothek zu gestalten. Auf die Maximalhypothek werden nachher nur die Ergebnisse entsprechend anzuwenden sein.

Es soll deshalb die Besonderheit der Maximalhypothek, dass die betr. Forderungen ihrer Art und ihrem Betrage nach bei der Bestellung nicht feststehen, erst in zweiter Linie berücksichtigt werden. Vorher sind die Konsequenzen bezüglich einer Hypothek für bestimmte künftige [2]) oder bedingte [3]) Forderungen klarzulegen und ferner die rechtlichen Folgen zu zeigen, die sich ergeben, wenn eine Hypothek nach § 1113 für eine bestimmte, aber in einzelnen Teilen zahlbare Valutaforderung bestellt wird, deren Gesamtbetrag den Hypotheken-

[1]) Wird eine Maximalhypothek, — ein Fall, der auch häufig sein wird — in der Weise bestellt, dass nicht die einzelnen Forderungen aus einer Geschäftsverbindung durch die Hypothek gesichert sein sollen, sondern der nur auf Grund des Contocurrentverhältnisses sich ergebende Saldo, dann entfallen alle Schwierigkeiten, wenn man beachtet, dass hier die Einzelforderungen überhaupt nicht durch die Hypothek gedeckt werden, sondern nur die Forderung aus dem Saldoanerkenntnis hypothekarischer Schutz geniesst und somit die einzelnen Forderungen des Contocorrentverkehrs dem rechtsgeschäftlichen Verkehre entzogen sind.

[2]) Vergl. § 8.

[3]) Vergl. § 9.

betrag übersteigt und bei der Teilrückzahlungen vor Zahlung späterer Valutaraten möglich sind. [1])

---

2. Abschnitt.

Diese Probleme im allgemeinen.

1. Die Hypothek für künftige Forderungen.

§ 8.

Bei jeder Hypothek, die künftige Forderungen sichern soll, ist die Frage nach dem jeweiligen Schicksal der Hypothek zu entscheiden.

Es sind hierfür folgende Möglichkeiten gegeben.

1. Die Hypothek besteht überhaupt nur als Grundstücksbelastung, insoweit jeweils eine Forderung besteht; der jeweils nicht valutierte Teil der Hypothek ist ohne rechtliche Bedeutung. [2]) Dies widerspricht dem im Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Herrschaft gelangten System der festen Stellen. [3])

2. Die Hypothek steht stets dem Gläubiger zu, auch insoweit jeweils keine Gläubigerforderung besteht. [4]) Die Hypothek wäre also, insoweit eine Gläubigerforderung besteht, Hypothek, insoweit keine Gläubigerforderung besteht, Fremdgrundschuld; ein Ergebnis, dass sich mit dem formellen Grundbuchrecht und der ipso iure erfolgenden Verwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld an sich vereinbaren liesse.

3. Die Hypothek steht, insoweit eine Gläubigerforderung besteht, dem Gläubiger zu und ist insoweit Hypothek; insoweit aber eine Gläubigerforderung nicht besteht, ist sie Eigentümergrundschuld. [4])

Von diesen 3 Möglichkeiten trifft nur die letzte zu.

Um zur Erkenntnis zu gelangen, wem die Hypothek für künftige bestimmte Forderungen jeweils zusteht, ist

---

[1]) Vergl. § 10.
[2]) so die preussische Kautionshypothek.
[3]) Vgl. insbesondere § 1163 BGB.
[4]) bezügl. der Literatur vgl. die im § 12 für die Maximalhypothek angegebenen Zitate.

zuerst zu zeigen, was aus der Hypothek wird, solange die künftigen zu sichernden Ansprüche noch nicht existieren.

Die Möglichkeit, eine Hypothek für künftige Forderungen zu bestellen, entspricht der Möglichkeit, ein Mobiliarpfand für künftige Forderungen zu bestellen.[1]) Da aber das Mobiliarpfand sich überhaupt nicht in ein abstraktes Sachhaftungsrecht verwandeln kann, hängt der Bestand des Mobiliarpfandrechts von dem Bestand der dadurch gesicherten Forderung ab. Mit anderen Worten, solange eine Forderung nicht besteht, besteht auch kein Mobiliarpfandrecht. Die Bestellung eines Mobiliarpfandrechtes für künftige Forderungen bedeutet daher nur eine Rangsicherung, da gemäss § 1209 BGB. die Zeit der Bestellung, nicht die Zeit der Entstehung des Pfandrechts für den Rang massgebend ist. Entsteht die Forderung und damit das Pfandrecht als solches nicht, so ist die Pfandbestellung überhaupt ohne rechtliche Bedeutung.

Ganz anders ist der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches in Ansehung der Immobiliarpfandrechte. Bei diesen geht das BGB davon aus, dass jedes wirkliche Grundpfandrecht (Hypothek) sich jederzeit in ein abstraktes Grundhaftungsrecht (Grundschuld) verwandeln kann. Die Regel ist hier, dass die Trennung der Forderung von der Hypothek stets die Verwandlung des Pfandrechts in ein abstraktes Grundhaftungsrecht, nicht aber den Untergang des Rechts zur Folge hat. Dies gilt in gleicher Weise für eine Hypothek, wenn die bereits entstandene Forderung untergegangen oder von der Hypothek losgelöst ist, und für eine Hypothek, die in Erwartung des Entstehens der zu sichernden Forderung für diese bestellt ist, wenn die Forderung nachher nicht zur Entstehung gelangt.

Zur Entstehung eines Grundhaftungsrechtes ist erforderlich und ausreichend die dringliche Einigung und

---

[1]) §§ 1204, 1273 BGB.

Eintragung. Das Bestehen einer zu sichernden Forderung ist hier im Gegensatz zum Mobiliarpfandrecht nicht condicio juris. Damit stimmt auch überein, dass zur Eintragung einer Hypothek, dass heisst einer auf eine zu sichernde Forderung abgestellten Grundstückshaftung, nicht der Nachweis, sondern nur die Angabe der Forderung notwendig ist.[1]) Das Bestehen der Forderung ist der Nachprüfung des Grundbuchrichters entzogen. Dies ist die eine Seite des formellen Konsenzprinzips.[2]) Jede in Abt. III einzutragende Grundstücksbelastung hängt daher in ihrem Entstehen lediglich von der Einigung und Eintragung ab. [3]) Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann b e s t e h t die Grundstücksbelastung. Wem sie z u s t e h t, oder was bis zum gewissen Grade dasselbe ist: ob sie Hypothek (forderungsbekleidete Grundstücksbelastung) oder ob sie Grundschuld (abstraktes Grundhaftungsrecht) oder ob sie teils das eine, teils das andere ist, ist damit noch nicht gesagt.

Hieraus folgt, dass auch bei einer für künftige Forderungen bestellten Hypothek von vornherein eine Grundstücksbelastung in voller Höhe des der Einigung und Eintragung gedeckten Betrages besteht. Hiermit ist die erste oben angegebene Möglichkeit für Behandlung von Hypotheken für künftige Forderungen nach dem Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgeschlossen.

Es folgt aber ferner, dass diese Hypothek, solange und insoweit die Forderung n i c h t b e s t e h t, nicht

---

[1]) Bei der Maximalhypothek nicht einmal das letztere, obwohl hier auch kein abstraktes Grundhaftungsrecht geschaffen werden soll.

[2]) Die andere Seite, dass der Grundbuchrichter auch das Vorhandensein der zur Entstehung der Grundstücksbelastung überhaupt notwendigen Voraussetzung: der Einigung nicht nachprüfen kann, interessiert hier nicht.

[3]) Die wenigen Fälle der Grundstücksbelastungen ohne Einigung und Eintragung (§ 1287 BGB., § 848 ZPO) können als Ausnahme hier ausser Betracht bleiben. Ebenso die Fälle, in denen die Eintragung, nicht aber die Einigung erforderlich ist (§ 1188 BGB).

nur, wenn und insoweit sie überhaupt nicht entsteht, eine Grundschuld ist.

Bis hierher herrscht in der Wissenschaft und Praxis so gut wie Einigkeit.[1])

Die Frage aber, wem die vorbezeichnete Grundschuld zusteht, d. h. ob sie als Fremdgrundschuld dem Gläubiger der künftigen Forderung zusteht, wenn noch nicht feststeht, ob die Forderung zur Bestehung gelangen wird oder nicht, oder ob sie als Eigentümergrundschuld dem Besteller zusteht, auch schon bevor das Nichtentstehen der künftigen zur sichernden Forderung feststeht, ist die erste Streitfrage auf diesem schwierigen Gebiete.

Die Grundlage für die Abweichung der Grundsätze im Immobiliarpfandrecht von denen des Mobiliarpfandrechtes bildet § 1163 BGB. Dessen Wortlaut ist daher ebenso wohl zur Begründung der einen wie der anderen Ansicht, deren Gegensatz oben in den ad 2 und 3 genannten Möglichkeiten, die Frage zu lösen, formuliert ist, herangezogen werden.

Aus dem Wortlaut des § 1163 lässt sich in der Tat beides folgern, ohne dass allerdings die Wortinterpretation weder für die eine noch für die andere Aussicht irgendwie von ausschlaggebender Bedeutung sein kann.

Dass die Maximalhypothek für künftige Forderungen dem Gläubiger zustehen, also deutlicher ausgedrückt: Fremdgrundschuld sein müsse, bis feststeht, dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, und erst von diesem Zeitpunkt an Eigentümergrundschuld wird, soll daraus folgern, dass es im § 1163 Abs. 1 heisst: „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu." In § 1163 Abs. 2 aber: „Eine Hypothek steht bis zur Uebergabe

[1]) a. A. vereinzelt Erlanger, vgl. § 2 Anm. 1.

des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu".[1])

Rein sprachlich ist hier in der Tat ein Unterschied zu bemerken. In Abs. 1 ist das Eigentümerrecht an der Hypothek von einem Perfektum: dem „Nicht—zur Entstehung—gelangt—sein" abhängig, in Abs. 2 aber von einem der Beendigung fähigen Zustand, einem Präsenz, nämlich davon, dass der Gläubiger nicht im Besitze des Briefes ist, ohne dass feststeht, ob er ihm noch erlangen wird.

Aber abgesehen davon, dass dies nichts als Wortfechterei ist, ist die Deduktion auch keineswegs zwingend.

„Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt", ist ein Konditionalsatz, der keineswegs erkennen lässt, ob er zum Gegensatz einen Potentialis oder einen Irrealis haben kann. Nur wenn der Gegensatz ein Potentialis sein müsste, d. h. wenn man zwingend sagen müsste „Würde die Forderung nicht zur Entstehung gelangen, so stände die Hypothek dem Eigentümer zu; da sie aber entstehen kann, steht sie dem Eigentümer nicht zu", wäre der Schluss gerechtfertigt, dass die Hypothek nur dann dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zusteht, wenn das Nichtentstehen der Forderung feststeht. Mit demselben Rechte lässt sich aber § 1163 Abs. 1 Satz 1 auch in den Irrealis umkehren: „Wäre die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, dann stände die Hypothek dem Eigentümer zu; da sie aber entstanden ist, steht die Hypothek dem Eigentümer nicht zu." Im letzteren Falle ist aber die logische Folge, dass nur das Entstehen der Forderung die Rechtslage in Ansehung des Zustehens der Hypothek verschiebt, nicht aber dies durch das Feststehen des „Nicht—entstehen—könnens" der Forderung bewirkt wird.

Die Benutzung dieses sprachlichen Unterschiedes in der Satzbildung bei § 1163 Abs. 1 u. Abs. 2 zu einer

[1]) Auf diese Weise folgern die ursprüngliche Fremdgrundschuld, die erst mit dem Feststehen der Unmöglichkeit der Forderungsentstehung zur Eigentümergrundschuld wird z. B Biermann III S. 484 zu § 1113 Anm. 3a und Goldmann-Lilienthal II S. 576 § 80 Anm. 18.

juristischen Deduktion mit schwerwiegenden, noch zu erörternden Folgen ist daher bei unbefangener Betrachtung des Gesetzeswortlautes nicht angängig. Denn es kann ebenso gut, wie aus dem Perfektum des Abs. 1 und dem Präsenz des Abs. 2 der oben dargelegte Unterschied in der rechtlichen Konstruktion gefolgert werden soll, gerade daraus der entgegengesetzte Standpunkt herbeigeleitet werden:

Man kann aus den Worten „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, . . . " auch herauslesen: „Besteht eine Forderung deswegen nicht, weil keine Tatsachen vorliegen, die sie hätten entstehen lassen, . . . ". Dann aber bedeutet auch der in Abs. 1 Satz 1 enthaltene gesetzliche Tatbestand, an welchen die juristische Folge anknüpft, dass die Hypothek dem Eigentümer zusteht, einen Zustand, ein Präsens, das beendet werden kann, wenn die Forderung noch entsteht. Der Satz: „Ist die Forderung n i c h t zur Entstehung gelangt" schliesst nicht aus, dass auch ein Fall, in welchem die Forderung n o c h n i c h t zur Entstehung gelangt ist, darunter fällt. [1])

Sonach ist der sprachliche Unterschied zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 1163 BGB. ohne jede rechtliche Bedeutung. Denn wenn die aus rein sprachlichen Unterschieden gezogenen Forderungen nicht zwingend sind, so kann der reine Wortlaut einer Gesetzesbestimmung überhaupt nicht zu rechtlichen Deduktionen verwandt werden.

Es bleibt daher rein konstruktionell zu untersuchen, ob es möglich ist, dass die Hypothek, solange die Forderung nicht besteht, eine Fremdgrundschuld sein kann. Ist dies abzulehnen, so kann es sich nur um eine Eigentümergrundschuld handeln, da ja schon bewiesen ist, dass die Hypothek vor der Entstehung der Forderung eine unbedingte Grundstücksbelastung ist, d. h. bei Nichtvorhandensein einer Forderung nicht fortfällt,

[1]) So mit Recht Fischer-Henle S. 707 zu § 1163 Anm. 2.

und dass als Inhaber der forderungsentkleideten Hypothek nur der Gläubiger oder der Eigentümer in Betracht kommen kann. Am besten wird die Frage gelöst zunächst durch die Darlegung der Konsequenzen, wenn man die Ansicht, dass die Hypothek in den fraglichen Fällen Fremdgrundschuld ist, als richtig unterstellt.

Der Gläubiger ist im Grundbuch als Berechtigter der Hypothek auch bei einer Hypothek für künftige Forderungen eingetragen. Er ist also rein praktisch imstande, über die Hypothek, wenn sie ihm als Fremdgrundschuld zusteht, in jedem Falle zu verfügen, ohne dass es auf die Vorschriften des Erwerbes kraft guten Glaubens, insbesondere auf § 1138 BGB., ankäme. Denn nach der zu Grunde gelegten Ansicht steht ja die Hypothek dem Gläubiger zu. Dass sie ihm als Grundschuld und nicht als Hypothek zusteht, kann für den Erwerber keinen Unterschied machen. Denn inhaltlich ist das Sachhaftungsrecht der Hypothek und der Grundschuld identisch. Die Besonderheit des § 1138, nämlich dass sich der gute Glaube an das Grundbuch bei der Hypothek auch auf die Forderung erstreckt, kommt hier nicht in Betracht. Diese Vorschrift gewinnt nur dann Bedeutung, wenn von dem Bestande der Forderung das Zustehen der Hypothek abhängt. Wenn aber das Zustehen der Hypothek unabhängig sein soll von dem Bestande der Forderung, d. h. die Hypothek dem Gläubiger, solange die Forderung nicht besteht, als Grundschuld zusteht, dann kann es auf die Rechtsstellung des Dritterwerbers keinen Einfluss haben, ob die Forderung besteht oder nicht: Er wird ja in diesem Falle an und für sich schon so behandelt, als ob er die Hypothek erwirbt, die doch in Wirklichkeit gar keine Hypethek, sondern eine Grundschuld ist. Mit anderen Worten: Das Ergebnis wäre, dass der Gläubiger auch vor Entstehung einer Forderung über die ihm als Fremdgrundschuld zustehende Hypothek zu Gunsten eines Dritten jederzeit verfügen könnte. Der Dritte würde die Hypothek erwerben und zwar ebenfalls als Fremd-

grundschuld. Entsteht dann die künftige Forderung, so ist die Forderung losgelöst von der Hypothek. Der ursprünglich eingetragene Gläubiger ist durch die Hypothek nicht mehr für diese Forderung gesichert. Dementsprechend kann also der Eigentümer durch Untergang der Forderung nie die Hypothek nach § 1163 BGB. erwerben.

Die Frage, ob der Gläubiger vielleicht über seine Grundschuld dem Eigentümer gegenüber nicht verfügen d a r f, hat hiermit nichts zu tun. Der Eigentümer hat kein Mittel, seinen evtl. Anspruch auf Unterlassung der Verfügung durchzusetzen. Auch die gewöhnlichen Behelfe, die ausserhalb der Hypothek liegen und eine dingliche Sicherung des Eigentümers bewirken könnten, versagen hier.

Der Eigentümer kann in dem Fall einer nichtvalutierten Hypothek einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eintragen lassen. Bei der vorliegenden Ansicht kann ein Widerspruch des Inhalts, dass die Hypothek nicht dem eingetragenen Gläubiger zustehe, aber nicht in Frage kommen. Denn insoweit ist das Grundbuch ja nicht unrichtig. Der Widerspruch könnte sich nur darauf richten, dass im Grundbuch eine Grundstücksbelastung als Hypothek bezeichnet ist, die in Wirklichkeit Grundschuld ist. Dieser Widerspruch würde aber die Verfügungsmöglichkeit des Gläubigers nicht berühren, da wie gesagt, ein Erwerb Dritter kraft guten Glaubens gar nicht in Frage kommt, weil doch der eingetragene Gläubiger der Berechtigte ist.

Ähnliches ist zu sagen, soweit die Möglichkeit einer Vormerkung zu Gunsten des Eigentümers herangezogen werden könnte. Wenn man annimmt, dass der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber obligatorisch verpflichtet ist, über die Grundschuld vor Entstehung der zu sichernden Forderung nicht zu verfügen, so fragt es sich, ob dieser obligatorische Anspruch überhaupt durch eine Vormerkung gesichert werden kann. Eine Vormerkung kann gemäss § 883 BGB. nur zur Sicherung eines An-

spruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, oder auf Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechtes eingetragen werden. Keiner dieser Fälle kommt hier in Betracht. Es kann somit nur in Frage kommen, ob vielleicht ein Veräusserungsverbot besteht, das zwar von der Vormerkung verschieden, gemäss § 888 Abs. 2 BGB. aber ähnlich zu behandeln ist. Nach der besonderen Vorschrift des § 137 des BGB. kann ein durch Rechtsgeschäft hervorgerufenes Veräusserungsverbot nie dingliche Wirkung haben. Die Sicherung eines obligatorischen Anspruches auf Unterlassung von Verfügungen ist also nicht eintragsfähig. Als rechtsgeschäftliches Veräusserungsverbot kann also der obligatorische Anspruch des Eigentümers Dritten gegenüber nur Wirkung erlangen, wenn dieselbe obligatorische Vereinbarung auch mit dem Dritten getroffen würde. Das kommt aber gerade nicht in Frage.

Hiernach besteht somit keine Möglichkeit, das etwa zwischen dem Eigentümer und Gläubiger rechtsgeschäftlich entstandene Verpflichtungsgeschäft, kraft dessen der Gläubiger über seine Grundschuld nicht verfügen dürfte, mit irgend welcher dinglicher Wirkung auszustatten.

Das Resultat ist also, dass der Eigentümer, solange die Forderung nicht entstanden ist, dem Gläubiger genau so machtlos gegenübersteht, wie, wenn die Forderung schon entstanden wäre; was im letzteren Falle berechtigt, im ersteren aber unberechtigt ist. Vor allen Dingen kann der Gläubiger, auch ohne dass die Forderung jemals zur Entstehung gelangt, bei Unterstellung der Richtigkeit der erörterten Ansicht das dem Eigentümer nach § 1163 BGB. zustehende Recht. bei Nichtentstehung der Forderung die Hypothek zu erwerben, ohne jede Schwierigkeit illusorisch machen. Diese Konsequenzen widersprechen nicht nur dem Parteiwillen bei Bestellung der Hypothek für künftige Forderungen, sondern auch dem vom Gesetze aufgestellten Grundsatz, dass

das Gläubigerrecht bei jeder Hypothek an sich vom Bestande der Forderung abhängig ist, wenn auch die Grundstücksbelastung selbst vom Bestande der Forderung unabhängig ist. Aus den Ergebnissen folgt also, dass die Ansicht, die Hypothek stehe dem Gläubiger zu, solange das Nichtentstehen—können der Forderung nicht feststeht, nicht richtig sein kann.

Dasselbe folgt aber auch aus der Konstruktion, die bei der Entstehung jeglicher Grundstücksbelastung zu bemerken ist. Regel ist, dass die Grundstücksbelastung, sobald sie als Hypothek begründet wird, dem Eigentümer zusteht, wenn und insoweit die Hypothek mangels Bestandes einer Forderung nicht Hypothek, sondern Grundschuld ist. Wieso diese Regel eine Ausnahme erleiden soll, wenn zurzeit noch nicht feststeht, ob eine Forderung entstehen kann, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, ist nicht ersichtlich. Das Gesetz bietet jedenfalls keinen Anhalt. Dass § 1163 BGB. diesen Anhalt nicht gibt, ist oben ausgeführt. Mangels anderweitiger Bestimmung muss man daher annehmen, dass auch bei der Hypothek für künftige Forderungen es bei der allgemeinen Regel sein Bewenden haben muss. Es ist im Grunde genommen genau so wie beim Mobiliarpfand, dass bei Pfandbestellung für künftige Forderungen erst mit Entstehung der Forderung, aber mit dem Range der Zeit der Bestellung ein Pfandrecht entsteht. Die Grundsätze des Immobiliarpfandrechtes weichen von jenen des Mobiliarpfandrechtes nicht etwa darin ab, dass beim Immobiliarpfandrecht ein wirkliches Pfandrecht (Hypothek) auch ohne Forderung existieren kann, sondern darin, dass das Mobiliarpfandrecht keine abstrakten Sachhaftungsrechte kennt. Es kann daher aus der Möglichkeit, abstrakte Sachhaftungsrechte an Grundstücken zu schaffen, kein Unterschied in der Gläubigerstellung zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht hergeleitet werden. Hiernach muss folgerichtig angenommen werden, dass, soweit der Gläubiger die Hypothek nicht hat und haben kann, weil er keine

Forderung hat, die Grundstücksbelastung zwar besteht, aber nicht von dem Eigentum am Grundstück als gesondertes Recht abgesplittert ist: die Hypothek muss also, soweit die Gläubigerforderung nicht existiert, dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zustehen.

Das Ergebnis ist somit, dass die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zusteht, solange die Gläubigerforderung nicht entstanden ist. Die Gegner dieser Ansicht haben diese Meinung mit dem Hinweis darauf widerlegen zu können geglaubt, dass dann der Eigentümer, solange die Forderung nicht besteht, über die Hypothek resp. die Eigentümergrundschuld verfügen könnte. Diese Konsequenz trifft aber nicht zu; und zwar folgt dies allerdings nicht aus der Hypothek bezw. Eigentümergrundschuld als solcher sondern aus den sich aus dem pactum de hypothecando ergebenden Rechten des Gläubigers.[1])

Handelt es sich um eine Briefhypothek, und hat der Eigentümer den Brief in seinen Händen, so kann er in der Tat über die Eigentümergrundschuld verfügen. [2]) Besitzt der Eigentümer den Brief aber nicht, so ist er schon aus diesem formalen Grunde zu einer Verfügung über die Hypothek ausser Stande. Aber auch der Gläubiger kann nicht über die Hypothek wirksam verfügen: aus der Grundbucheintragung und dem Hypothekenbriefe geht hervor, dass die Hypothek für eine künftige Forderung bestellt ist. Der Erwerber würde also auch nur diese Hypothek für künftige Forderung erlangen, d. h. er würde die Hypothek nur erlangen, wenn die Forderung zur Entstehung gelangt.

Handelt es sich dagegen um eine Buchhypothek, so bedarf es zu jeder Verfügung über die Hypothek der Eintragung des Berechtigten im Grundbuch. Der Eigentümer, dem nach der oben erwiesenen Ansicht die Hypothek, solange die künftige Forderung nicht besteht,

---

[1]) Dies führt treffend aus Wolff im Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. II, 1 S. 554 § 153 III u. S. 522 § 145 II und Anm. 11.

[2]) § 1163 Abs. 2 BGB.

als Eigentümergrundschuld zusteht, bedürfte also zu einer Verfügung über die Eigentümergrundschuld der Eintragung als Berechtigter im Grundbuch. Eine solche ist aber, da die Hypothek für den Gläubiger eingetragen ist, unmöglich.

Es ist nun allerdings die Ansicht aufgestellt worden[1]), dass der Eigentümer als Eventualberechtigter bei jeder Hypothek aus dem Grundbuch ersichtlich, und dass er mithin zu Verfügungen über eine Eigentümergrundschuld, soweit überhaupt zu solchen Verfügungen die Grundbucheintragung erforderlich ist — also bei der Maximalhypothek immer — auch ohne Umschreibung der Eigentümergrundschuld auf ihn legitimiert sei. Diese Ansicht ist aber nicht richtig.[2]) Unter dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Berechtigten gemäss § 40 Abs. 1 GBO. ist nur der zu verstehen, der bei dem fraglichen Recht als Berechtigter eingetragen ist oder sein Recht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen und infolgedessen die Berichtigung des Grundbuches ohne Zustimmung des Betroffenen oder ohne ein die Einwilligung ersetzendes rechtskräftiges Urteil herbeiführen kann. Dies liegt aber dann nicht vor, wenn eine Hypothek als Hypothek für den Gläubiger eingetragen ist, und der Eigentümer behauptet, dass ihm diese Hypothek mangels Forderungsbestandes zusteht. Denn es ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, ob, wenn die Forderung nicht besteht, der als Eigentümer eingetragene der Berechtigte ist. Es kann nämlich die Hypothek dem regressberechtigten persönlichen Schuldner oder einem Dritten Ablösungsberechtigten zustehen.[3]) Ferner kann mangels Entstehung der Forderung bei einem Wechsel im Eigentum des Grundstücks die Hypothek ihrem Besteller und nicht dem

[1]) z. B. durch das Kammergericht 11. Juli 1900 RJA. Bd. I S. 126 u. am 5. 11. 1900 in KGJ. Bd. 21 S. A. 159.

[2]) Dagegen auch z. B. Kommentar der Reichsgerichtsräte I. S 1139 zu § 1190 Anm. 1; RG. 18. Okt. 05. in RJA Bd. VI S. 15 u. 1. III. 11. in RGE. Bd. 75 S. 250.

[3]) vgl. § 11.

derzeitigen Eigentümer des Grundstücks als Eigentümergrundschuld zustehen, wenn der Erwerber sie nicht mit übernommen hat.[1]) Als Eventualberechtigter im Grundbuch eingetragen könnte der Eigentümer nur dann angesehen werden, falls die Hypothek immer wenn und insoweit sie dem eingetragenen Gläubiger nicht zusteht, dem eingetragenen Eigentümer zustehen würde, oder eine gesetzliche Vermutung dafür spräche. Dass ersteres nicht der Fall ist, ist gezeigt; eine gesetzliche Vermutung in diesem Sinne ist nicht zu finden. Hieraus folgt, dass die Eintragung des Eigentümers als Berechtigter im Sinne des § 40 GBO. zu Verfügungen über die ihm als Eigentümergrundschuld zustehende Hypothek für erforderlich zu erachten ist.

Zwar ist § 40 Abs. 1 GBO. nur eine Sollvorschrift, sodass an sich die Umschreibung als Grundbuchberichtigung nicht unbedingte Voraussetzung zur Verfügung über das eingetragene Recht ist. Es greifen aber hier die §§ 13 ff GBO. ein, aus welchen hervorgeht, dass die Legitimation des im Grundbuch nicht Eingetragenen vom Grundbuchrichter nachgeprüft werden muss. Insbesondere gilt hier § 29 Abs. 2 GBO.; dass heisst dass die Legitimation dessen, der über ein im zwar zustehendes, aber aus dem Grundbuch als im zustehend nicht ersichtliches Recht verfügen will, des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bedarf. Das letztere ist eine Mussvorschrift. Die Beibringung derartiger Urkunden ist unmöglich, solange nicht der eingetragene Gläubiger in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde das Bestehen der Eigentümerhypothek oder das Nichtbestehen der Forderung anerkennt. Soweit der Eigentümer vom Gläubiger eine derartige Erklärung im Wege der actio negatoria verlangen kann, stösst er aber auf eine aus dem pactum de hypothecando sich ergebende Einrede, die auch dem etwa vom Eigentümer geltend zu machenden Anspruch

[1]) vgl. § 11.

auf Einwilligung zur Grundbuchberichtigung entgegengehalten werden kann.[1])

Diese Einrede folgt nicht etwa aus dem Hypothekenrecht, sondern beruht auf obligatorischer Grundlage. Die Bestellung einer Hypothek für künftige Forderungen enthält nämlich begriffsnotwendig, dass der Eigentümer dem Gläubiger für den Fall des Entstehens der Forderung das Grundstück an der der Bestellung entprechenden Höhe freihält; also dass der Eigentümer, insoweit er vor Entstehung der Forderung über die ihm zustehende Hypothek verfügen könnte, nicht verfügen darf. Diese Verpflichtung des Eigentümers hat aber zur Folge, dass der Gläubiger sich gegen jede Beeinträchtigung seines Rechtes im Wege der Einrede wehren kann. Eine solche Beeinträchtigung des der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses würde aber der Versuch des Eigentümers darstellen, im Wege des Berichtigungsanspruches gegen den Gläubiger die eingetragene Hypothek wieder zu beseitigen. Das gleiche gilt auch bezüglich eines Anspruches des Eigentümers auf Aushändigung des Hypothekenbriefes oder auf Auslieferung des Briefes an das Grundbuchamt zwecks Bildung von Teilhypothekenbriefen.

Sonach ist die Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass eine wirksame Verfügung des Eigentümers über die ihm mangels Entstehung der Forderung als Eigentümergrundschuld zustehende Hypothek unmöglich ist.

---

2. Die Hypothek für bedingte Forderungen.

§ 9.

Alles Vorstehende gilt entsprechend bei der Eintragung einer Hypothek für bedingte Forderungen.[2]) Nicht damit zu verwechseln ist die Eintragung einer bedingten Hypothek. Bei einer suspensivbedingten Hypothek würde die Hypothek als Grundstücksbelastung über-

[1]) Entsprechendes gilt für die Fälle der Regresshypotheken.
[2]) Vergl. wiederum die Literaturangaben in § 12.

haupt nur mit dem Eintritt der Bedingung vorhanden sein. Wem sie dann zusteht, bestimmt sich nach gewöhnlichen Vorschriften des Hypothekenrechts, nämlich entweder dem Gläubiger oder dem Eigentümer oder auch einem Dritten. Verfügt der Eigentümer vor Eintritt der Bedingung über das Grundstück und tritt die Bedingung später ein, so gilt § 161. Spätere Belastungen des Grundstücks würden also, solange der Eintritt der Bedingung noch aussteht, den Rang ohne Rücksicht auf die bedingte Hypothek haben, mit Eintritt der Bedingung aber zurücktreten. Umgekehrt wäre es bei einer resolutiv bedingten Hypothek; hier würden spätere Belastungen des Grundstücks mit Eintritt der Bedingung aufrücken. — Aber um eine bedingte Hypothek handelt es sich gar nicht, wenn eine Hypothek für bedingte Forderungen eingetragen wird. Die Grundstücksbelastung ist auch in diesem Falle unbedingt. Würde sie es nicht sein, so wäre, wie vorangehend ausgeführt, ein Aufrücken resp. Zurücktreten der nachstehenden Realberechtigten die Folge. Diese Konsequenz trifft aber nicht zu bei einer Hypothek für bedingte Forderungen. Es wird hier eben keine bedingte Sicherung für eine unbedingte oder bedingte Forderung, sondern eine unbedingte Sicherung für eine bedingte Forderung gewährt.

Ist die unbedingte Hypothek für eine suspensiv bedingte Forderung eingetragen, so besteht kein Zweifel über die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. I Satz 1 BGB., d. h. der Ausfall der Suspensivbedingung hat nicht etwa das Erlöschen der Grundstücksbelastung zur Folge, sondern die Hypothek wird Eigentümergrundschuld. Wenn der Eintritt der Bedingung unmöglich ist, ist dieses Ergebnis klar. Es muss aber auch gesagt werden, dass die Hypothek für eine suspensiv bedingte Forderung schon vor dem Umstand, aus dem die Unmöglichkeit des Eintritts der Bedingung folgt, dem Eigentümer als Grundschuld zusteht Dieses Zustehen ist aber bedingt und zwar, da das Zustehen der Hypothek für den Gläubiger vom Eintritt der Suspensivbedingung in Ansehung

der Forderung abhängig ist, resolutiv für den Eigentümer. Es gilt auch in diesem Falle für Verfügungen des Eigentümers über die Hypothek — nicht über das Grundstück wie bei der bedingten Hypothek — § 161 BGB. Der Eigentümer kann nach § 161 Abs. II BGB., da sein Recht an der Hypothek resolutiv bedingt ist, wenn auch die Hypothek selber nicht bedingt ist, keine wirksamen Verfügungen während der Schwebezeit der Bedingung über die Hypothek treffen, da der Eintritt der Bedingung in Ansehung der Forderung die Hypothek dem Glaubiger zustehen lässt. Mit anderen Worten: Hat der Eigentümer über die ihm während der Schwebezeit der Suspensivbedingung zustehende Eigentümergrundschuld verfügt und tritt nachher die Suspensivbedingung ein, unter der die durch die Hypothek gesicherte Forderung steht, dann ist die vom Eigentümer getroffene Verfügung gemäss § 166 unwirksam.

Dieses auf rein logischem Wege gewonnene Resultat folgt aber auch aus denselben praktischen Erwägungen wie bei der Hypothek für künftige Forderungen: Die Verfügung über die Eigentümergrundschuld ist von dem grundbuchmässigen Vorgang der Eintragung oder der Übergabe des für die Hypothek bestehenden Briefes abhängig. Die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld hat zur Voraussetzung, dass der Eigentümer als Berechtigter eingetragen wird. Der Eigentümer hat zwar den Berichtigungsanspruch, dieser ist aber wie bei der Hypothek für künftige Forderungen einredebehaftet. Das gleiche gilt von dem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe des Briefes bezw. Bildung eines Teilbriefes, soweit die Hypothek Eigentümergrundschuld ist; denn dieser Auspruch ist genau aus demselben Grunde einredebehaftet. Diese Einrede folgt, wie nochmals erwähnt werden soll, nicht aus der Hypothek, sondern aus dem Inhalt des pactum de hypothecando.

Liegt anderseits eine Hypothek für eine resolutivbedingte Forderung vor, so steht die Hypothek, solange

die Bedingung nicht eingetreten ist, dem Gläubiger zu. Tritt die Resolutivbedingung ein, so verwandelt sich die Hypothek durch den Fortfall der Forderung in eine Eigentümergrundschuld. Dies ist unzweifelhaft. Ebenso ergibt es sich aus der Natur einer Hypothek für resolutiv bedingte Forderungen, dass der Eigentümer vor Eintritt der Bedingung kein Recht an der Hypothek hat, über das er verfügen könnte. Für Verfügungen des Gläubigers während der Schwebezeit der Resolutivbedingung gilt aber wiederum § 161 Abs. II.

---

3. Die Hypothek für dem Betrage nach schwankende Forderungen.

§ 10.

Nachdem so festgestellt ist, dass bei jeder Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen zunächst eine Eigentümergrundschuld besteht, die sich mit Entstehung der Forderung in eine Gläubigerhypothek verwandelt, bleibt zu untersuchen, ob eine derartige Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Fremdhypothek ipso iure auch dann möglich ist, wenn die Eigentümergrundschuld nicht von vornherein als solche bestanden hat, sondern durch Wegfall der Forderung aus einer Fremdhypothek entstanden war. Auch dies ist bei jeder Hypothek möglich, wenn es auch gerade bei der Maximalhypothek allein häufig sein wird. Deshalb liegt hierin wiederum nichts für die Maximalhypothek spezifisches.[1])

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Es wird eine Hypothek zum Betrage von 50 000 M bestellt für eine Kaufpreisforderung von ingesamt 100 000 M, welche in unbestimmten Raten und in unbestimmten Zeitabschnitten dadurch entstehen soll, dass der Besteller vom

---

[1]) Da die Wissenschaft sich mit dieser Frage fast ausschliesslich bei Gelegenheit der Erörterung der Maximalhypothek beschäftigt, ist auch hier wieder auf die Literaturangabe weiter unten zu verweisen (vergl. § 12).

Hypothekengläubiger auf Grund eines Vorvertrages, durch welchen sich beide Parteien zum Abschluss von Kaufverträgen in vorgenannter Höhe verpflichten, sukzessive Warenlieferungen verlangt. Im Vorvertrage ist ferner ausgemacht, dass der Hypothekenbesteller die jeweils bereits entstandenen Kaufpreisforderungen beliebig tilgen kann.

In solchem Falle handelt es sich nicht um eine Maximalhypothek. Denn durch die Bestellung ist bereits die durch die Hypothek zu sichernde Forderung mit ausreichender Bestimmtheit als eine Kaufpreisforderung von 100000 M angegeben. Wenn es sich innerhalb dieser auch um ihrer Zeit und ihrem Betrage nach unbestimmte Einzelforderungen handelt, so ändert dies daran nichts. Der Unterschied zur Maximalhypothek liegt schon allein in dem Umstand, dass von vornherein feststeht, dass die Kaufpreisforderung den Betrag von 100 000 M erreichen wird. Von einem Vorbehalt der Feststellung der Forderung nach Grund und Betrag kann also nicht die Rede sein. Dem Umstande nun, dass der Besteller der Hypothek als Käufer in der Lage ist, einzelne Teile des Kaufpreises zurückzuzahlen, bevor die gesamte Kaufpreisforderung entstanden ist, ist dadurch Rechnung getragen, dass die Hypothek für die gesamte Forderung von 100 000 M nur zum Betrage von 50 000 M bestellt ist. Das letztere ist bei jeder Hypothek möglich und bedeutet, dass das Grundstück für die Gesamtforderung, aber beschränkt auf den Hypothekenbetrag haftet. Das Besondere des angegebenen Falles zeigt sich, wenn z. B. infolge einer Bestellung des Käufers zunächst eine Kaufpreisforderung von 50 000 M entstanden ist, sodann der Käufer 20 000 M zurückzahlt und nun wieder für 30 000 M Waren bestellt. Die Frage ist dann: sind die gesamten 50 000 M ausstehende Kaufpreisforderung durch die Hypothek gedeckt oder nur 30000 M, da ja insoweit die erste Forderung durch Rückzahlung von 20 000 M erloschen ist, und dementsprechend § 1163 Abs. I Satz 2 BGB. die Hypothek sich in

eine Eigentümergrundschuld verwandelt hat. Die Antwort muss lauten: Die Eigentümergrundschuld verwandelt sich in Höhe des nicht durch Gläubigerforderung in Anspruch genommenen Betrages von 30 000 M in eine Gläubigerhypothek und zwar in Höhe von 10 000 M als ursprüngliche Eigentümergrundschuld gemäss obigen Ausführungen [1]) und im Betrage von 20 000 M als später zur Eigentümergrundschuld gewordene Fremdhypothek. Der Kaufpreisbetrag von 50 000 M wird also durch die Hypothek voll gedeckt.

Nur betr. die Umwandelung der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Fremdhypothek bedarf es hier noch einer Erörterung.

Wenn die Hypothek für eine bestehende Forderung von 100 000 M zum Betrage von 50 000 M bestellt war, und es würde eine Teilzahlung erfolgen, so würde durch die Zahlung eine Eigentümergrundschuld nur dann entstehen, wenn und soweit der noch verbleibende Forderungskreis kleiner als 50 000 M ist. Denn insoweit der Eigentümer die Forderung bezahlt, kann er ein Recht an der Hypothek nur erwerben, soweit eine Forderung, die durch die Hypothek gesichert ist, nicht mehr besteht. Übersteigt die zu sichernde Forderung den Hypothekenbetrag, so besteht die gesicherte Forderung noch weiter und damit die Sicherung durch die Hypothek. Ein Übergang der Hypothek auf den Eigentümer kann also nicht in Frage kommen, solange die Sicherung nicht ganz oder teilweise frei wird.

Ähnlich ist die Sache, wenn die zu sichernde Forderung in ihrem Betrage schwanken kann. Auch in diesem Falle ist die Hypothek für die ganze Forderung bestellt und jeweils Hypothek, soweit Forderungen bestehen, die den Hypothekenbetrag erfüllen. Ein solches Schwanken der Forderungen kann naturgemäss nur auftreten, wenn es sich um bestimmte, aber künftige oder um gegenwärtige, in T e i l e n aber später fällig

[1]) Vergl. § 8.

werdende Forderungen handelt. Derselbe Gesichtspunkt, der massgebend dafür ist, dass die ursprüngliche Eigentümergrundschuld bei einer künftigen Forderung sich in eine Fremdhypothek verwandelt, ist auch durchgreifend, wenn die zu sichernde Forderung eine künftige in dem Sinne ist, dass sie in einzelnen Teilen zur Entstehung gelangen kann. Bei einer derartigen Forderung muss, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass die Hypothek bis zur Enstehung der Gläubigerforderung Eigentümergrundschuld ist, die Rechtslage so aufgefasst werden: die jeweils mangels Bestehen einer Forderung vorhandene Eigentümergrundschuld ist stets für eine noch enstehende Forderung als Sicherung bereit zu halten; die Eigentümergrundschuld verwandelt sich von selbst erst durch Entstehen zu sichernder Forderungen in eine Fremdhypothek. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der ursprünglich bestehenden Eigentümergrundschuld und der durch Teilzahlungen aus der Fremdhypothek entstandenen Eigentümergrundschuld ist dabei nicht einzusehen. Auf diese Weise ist es möglich, dass Teile der Grundstücksbelastung ursprünglich einmal Eigentümergrundschuld waren, dann zur Fremdhypothek wurden, darauf sich wieder in eine Eigentümergrundschuld verwandelten, später wieder zur Fremdhypotek wurden und so fort. Diese Möglichkeit kann nur den befremden, der sich nicht ständig vor Augen hält, dass im Gegensatz zum Mobilarpfandrecht im Immobiliarpfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs jedes Grundhaftungsrecht jeder Zeit mit einer Forderung verbunden und von einer Forderung abstrahiert werden kann. Das, was rechtsgeschäftlich durch Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld oder einer Grundschuld in eine Hypothek erreicht werden kann, ist auch ipso iure möglich. In einem Falle hat dies das Bürgerliche Gesetzbuch auch ausdrücklich vorgesehen: § 1163 Abs. II. Es besteht kein Anlass, diese Regel nicht auf die Fälle anzuwenden, bei denen dasselbe aus der Natur der zu sichernden Forderung folgt, nämlich bei einer

künftigen bezw. bedingten Forderung oder bei mehreren künftigen bezw. bedingten Forderungen, bei denen Teilzahlungen vor Entstehung späterer Teilforderungen zulässig sind.

---

4. Die Hypothek beim Wechsel des Grundstückseigentümers und beim Auftreten von Regress-Hypotheken.

§ 11.

Der einzigen scheinbaren Schwierigkeit, die der hier vorgetragenen Ansicht entgegengehalten werden könnte, begegnet man, wenn das Grundstück seinen Eigentümer während des Bestehens der Hypothek wechselt, oder wenn nach den allgemeinen hierfür anwendbar erklärten Grundsätzen die Hypothek teilweise als Regresshypothek [1]) auf einen Dritten — den regressberechtigten persönlichen Schuldner oder einen Ablösungsberechtigten — übergeht. Nur die hier vertretene Ansicht kann aber das fast allgemein anerkannte Resultat rechtfertigen: Dass die Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen, insoweit Forderungen nicht entstanden sind, dem Besteller zusteht (als Grundschuld), auch wenn er zurzeit des Offenbarwerdens des Nichtentstehens [2]) der Forderung nicht mehr Eigentümer der Grundstücks ist; dass aber, insoweit Forderungen getilgt sind, oder ein teilweiser Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek vorliegt, diese Hypothek demjenigen als Grundschuld zusteht, der zur Zeit dieses Ereignisses Eigentümer des Grundstücks war; und endlich, dass die Hypothek nach den gewöhnlichen Grundsätzen dem Drittzahler als Regresshypothek anfallen kann.

Diese Ansicht ist als herrschende Lehre bei der Maximalhypothek aufgestellt und wird in der Wissenschaft hauptsächlich für die Maximalhypothek ausgesprochen und erörtert. Gleichwohl ist dieses Problem

---

[1]) §§ 1148, 1164, 1173/74, 268 BGB.
[2]) Dem entspricht bei der Maximalhypothek die Feststellung.

durchaus nicht etwas der Maximalhypothek als solcher eigentümliches, es folgt vielmehr aus der Natur einer Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen, deren Betrag fortgesetzt schwanken kann, soweit jeweils Forderungen bestehen. Dass dies bei jeder Hypothek möglich ist, wurde oben gezeigt. Deshalb ist hier die allgemeine Klarlegung der Frage geboten und notwendig.[1])

Schliesst man sich der Gegenansicht an, dass die Hypothek bis zum Feststehen der Nichtentstehung der Forderung dem Gläubiger zusteht, so müsste der durch die Forderung nicht ausgefüllte Teil der Hypothek erst durch den Umstand zur Eigentümergrundschuld werden, aus welchem die Unmöglichkeit des Entstehens der Forderung oder weiterer Forderungen folgt, und stets dem derzeitigen Grundstückseigentümer zufallen.[2]) Auch der Drittzahler würde nicht berücksichtigt werden, weil ja nicht die Zahlung, sondern die Unmöglichkeit des Entstehens weiterer Forderungen die Umwandlung der Gläubigerhypothek bewirken soll. Wenn man hier mit dem Rechtsgedanken der Rückwirkung helfen will, so findet sich dafür keine Stütze im Gesetz und ist dies nur ein konstruktioneller Ausweg, bei dem der Mangel der Begründung den Fehler des Ausgangspunktes beweist. — Bei der hier zugrunde gelegten Ansicht ergibt sich aber das von der herrschenden Lehre gebilligte Resultat von selbst.[3])

Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so unterliegt es nach obigen Ausführungen keinem Zweifel, dass die Einrede des Gläubigers gegen den Berichtigungsanspruch dem Eigentümer bei Geltendmachung der Eigentümergrundschuld entgegengehalten werden kann. Dies gilt auch dann, wenn ein Eigentumswechsel des Grundstücks eintritt, der neue Eigentümer aber die

---

[1]) Wegen der Literatur ist hier auch wieder auf die bei der speziellen Erörterung der Maximalhypothek angegebenen Zitate zu verweisen.

[2]) Zu diesem Resultat gelangt auch Dernburg S. 810 § 243 V.

[3]) So z. B. Goldmann-Lilienthal II S. 604 § 81 II 1.

persönliche Schuld des früheren Eigentümers übernimmt. [1])

Anders aber, wenn aus irgend einem Grunde Eigentümer und persönlicher Schuldner auseinanderfallen, was gerade häufig beim Wechsel des Grundschuldeigentümers eintritt. Erwirbt dann der neue Eigentümer einen Teil der Hypothek z. B. dadurch, dass der frühere Eigentümer als der persönliche Schuldner zahlt, ohne dass der neue Eigentümer die Schuld übernommen hat (also ohne dass der frühere gegen den neuen Eigentümer eine Regressforderung hat), dann muss es zunächst zweifelhaft erscheinen, ob der Berichtigungsanspruch aus dem von dem neuen Eigentümer als Grundschuld erworbenen Teil der Hypothek ebenso einredebehaftet ist, wie er es im Falle des Erwerbes durch den Besteller der Hypothek, den früheren Eigentümer, wäre. Prima facie erscheint es so, als ob die Frage verneint werden müsste. Denn die Einrede des Gläubigers entspringt ja gemäss den näheren Erörterungen darüber [2]) aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis des Nicht—geltendmachen—dürfens der Eigentümergrundschuld zum Nachteil des Gläubigers nach Massgabe des pactum de hypothecando und kann als derartiges obligatorisches Recht nicht gegen den neuen Grundstückseigentümer durchgreifen. Denn der neue Eigentümer ist für den oben als Beispiel angegebenen Regelfall nicht Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers in Ansehung der Hypothek, sondern erwirbt die Hypothek in dem betreffenden Betrage kraft seiner Stellung als Grundstückseigentümer, also kraft eigenen Rechts. Gleichwohl ist die Frage zu bejahen: denn es ist hier § 1176 BGB. zu beachten, soweit nicht dasselbe Resultat auch aus anderen spezielleren Vorschriften zu entnehmen ist.

Besteht die Haftung eines Grundstücks für die Schulden einer Person, die nicht mit dem Grundstücks-

[1]) Ein Fall, der bei der Maximalhypothek kaum vorkommen wird.
[2]) Vergl. § 9.

eigentümer identisch ist — gleichgültig, auf welche Weise diese Haftung entstanden ist: ob durch Bestellung der Grundstückshaftung für fremde Schuld oder durch Erwerb des Grundstücks ohne Uebernahme der persönlichen Schuld —, dann ist die Stellung des Eigentümers im Verhältnis zu Schuldner und Gläubiger ähnlich der eines Bürgen. Für den Bürgen gilt nun der Grundsatz dass, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn übergeht (§ 774 BGB.). Insoweit ist die Rechtslage hier ähnlich dem in § 1143 in Verb. mit § 1174 Abs. II BGB. vorgesehen Tatbestand. Hier ist die Vorschrift des § 774 Abs. I ausdrücklich für anwendbar erklärt und diese Vorschrift enthält in Satz 2 den oben erwähnten Grundsatz, dass der Uebergang der Forderung, also auch der Uebergang der Hypothek, nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Erwirbt also der Eigentümer, der mit dem Schuldner nicht identisch ist, die Hypothek teilweise dadurch, dass er selber zahlt, und kann er beim Schuldner Regress nehmen, dann ist kraft besonderer Gesetzesvorschrift ausgeschlossen, dass er mehr Rechte an der Hypothek erwerben kann als es der Fall wäre, wenn der Besteller der Hypothek resp. der persönliche Schuldner durch Zahlung die Hypothek erworben hätte. Denn sonst würde das Geltendmachen der erworbenen Hypothek dem Gläubiger zum Nachteil gereichen. Daher muss es ohne weiteres möglich und zutreffend sein, dass die Einrede des Gläubigers gegen den Berichtigungsanspruch des neuen Eigentümers, der einen Teil der Hypothek als Regresshypothek gegen den Schuldner erworben hat, weiter besteht. Darüber hinaus muss bei einer Hypothek, deren Haftungsbetrag kleiner ist als die Summe der zu sichernden Forderungen [1]) der Satz gelten, dass die Regressforderung durch die Hypothek überhaupt nicht gedeckt wird, wenn oder insoweit die Forderungen des Gläubigers zur Zeit einmal den Hypotheken-

[1]) Ein Fall, der nach obigen Ausführungen nicht nur bei der Maximalhypothek eintreten kann.

betrag erreichen. Denn sonst wäre der Gläubiger schlechter gestellt, als wenn der mit dem persönlichen Schuldner identische Besteller und Eigentümer zahlt. Auch hier folgt aus der dargelegten Sachlage die Einrede gegenüber der Geltendmachung der Regresshypothek.

Um wie viel mehr muss dasselbe gelten, wenn der Schuldner vom Eigentümer Regress nehmen kann und durch seine Zahlung die Hypothek als Regresshypothek erwirbt. Hier kommt ebenfalls nicht unmittelbar das die Einrede erzeugende pactum de hypotekando in Betracht. Erwirbt der Schuldner eine Regresshypothek, so geht er zwar, wenn er nur teilweise vom Eigentümer Regress verlangen kann, gemäss § 1164 Abs. I Satz 2 anolog § 774 Abs. I 2 BGB. dem Eigentümer vor, muss aber aus demselben Grunde dem Gläubiger der Restforderung nachstehen, aus dem der eine Regressteilhypothek erwerbende Eigentümer gemäss §§ 1143, 774 dem Gläubiger nachgeht. Dies folgt aus § 1176 in Verb. mit § 1164 Abs. I Satz 1. Die Rechtslage ist in beiden Fällen vom Standpunkt des Gläubigers aus gesehen dieselbe. Dem Gläubiger kann es gleichgültig sein, wer ihm die Forderung bezahlt. Er hat bei Auseinanderfallen von Eigentümer und Schuldner, ohne dass es auf das Rechtsverhältnis zwischen diesen beiden Personen ankommt, im Grunde genommen zwei Schuldner, von denen er den einen nach gewöhnlichen Grundsätzen, den anderen nur durch Vollstreckung in das Grundstück — also beschränkt — belangen kann. Es besteht hier zwar kein Gesamtverhältnis, aber etwas ähnliches, und zwar handelt es sich römisch-rechtlich gesprochen um eine obligatio in rem scripta verbunden mit einer obligatio in personam. „Quasigesamtschuldner" sind also stets der persönliche Schuldner und der jeweilige Eigentümer des Grundstücks. Tritt ein Übergang der Gläubigerrechte auf eine der vorbenannten Personen ein, sei es, dass die persönliche Forderung, sei es, dass die Hypothek als Regresshypothek oder

als Eigentümergrundschuld übergeht, so findet der allgemeine bei Gesamtschuldverhältnissen nach der Vorschrift des § 426 Abs. II Satz 2 BGB. obwaltende Grundgedanke, dass nämlich der Übergang einer Forderung auf einen Gesamtschuldner nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, nach näherer Massgabe des § 1176 BGB. Anwendung. Die genannten Sondervorschriften aus dem Hypothekenrecht (§§ 1176, 1143 Abs. I Satz 2 in Verb. mit § 1177 Abs. II und § 1164 Abs. I Satz 2), die Sondervorschrift aus dem Bürgschaftsrecht (§ 774 Abs. I Satz 2) und die benannte Vorschrift aus dem Recht der Gesamtschuldner (§ 426 Abs. II Satz 2) beruhen alle auf demselben Grundprinzip und sind nur besondere Anwendungsfälle aus dem zu gewinnenden allgemeinem Satze: hat ein Gläubiger aus einem Rechtsverhältnis die Möglichkeit, Vermögensobjekte verschiedener Personen zur Befriedigung in Anspruch zu nehmen und folgt aus dem Rechtsverhältnis dieser Personen unter einander ein internes Regressverhältnis oder aus besonderen gesetzlichen Vorschriften ein Übergang der Gläubigerrechte auf eine dieser Personen, so kann diese betreffende Person ihre Rechte nur dann und insoweit geltend machen, als dadurch die dem Gläubiger verbleibende Rechtstellung nicht beeinträchtigt wird. — Dieses Grundprinzip findet gemäss § 1176 BGB. auch bei dem Übergang der Gläubigerrechte gemäss §§ 1163 und 1168 Anwendung.[1])

Bei der Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen, bei denen Teile der an und für sich einheitlichen Forderung entstehen und untergehen können, bevor die ganze Forderung entstanden ist, hat dies nicht nur die Bedeutung wie bei jeder anderen Hypothek, nämlich das der zur Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek gewordene Teil der Hypothek den Rang hinter dem dem Glaubiger verbleibenden Rest hat. Hier wird der aus irgendwelchem Grunde zur Eigentümer-

[1]) Das gleiche gilt auch von dem besonderen Uebergang der Gläubigerrechte bei der Gesamthypothek (§§ 1172—75 BGB.)

grundschuld oder Regresshypothek gewordene Teil der Hypothek durch Entstehung weiterer künftiger Forderungen wieder in eine Gläubigerhypothek verwandelt. Wäre dies nicht der Fall, so bedeutete der Übergang des Gläubigerrechtes auf eine dritte Person die Beschränkung der Möglichkeit weitere künftige Forderungen durch die Hypothek zu sichern, wenn der Hypothekenbetrag kleiner ist, als die zu sichernde Forderung. Dem Besteller könnte bei der Geltendmachung der Eigentümergrundschuld die Einrede aus dem pactum de hypothecando entgegengehalten werden. Nach dem hier gefundenen Grundbuchprinzipe ist das aber jedem gegenüber zulässig, der Teile der Hypothek als Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek erwirbt, soweit die Einrede gegen den Besteller begründet wäre.

---

3. Abschnitt.

Die Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die Maximalhypothek und zwar in Ansehung

I. der Beziehung zwischen Maximalhypothek und Forderung.

§ 12.

Diese Ergebnisse sind auf die Maximalhypothek, soweit es sich bei ihr um künftige oder bedingte Forderungen handelt, anwendbar. Denn eine für solche Forderungen bestellte Maximalhypothek ist eben eine Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen. Bei der Maximalhypothek tritt nur deren Besonderheit hinzu, dass die künftigen oder bedingten Forderungen — das erstere wird bei der Maximalhypothek hauptsächlich praktisch — von vornherein nicht feststehen. Denn wie gesagt, ist der Regelfall der Maximalhypothek gerade der, dass die Parteien von vornherein nicht wissen, ob überhaupt oder ob wenigstens in der Höhe des Höchstbetrages Forderungen entstehen werden. Das ändert aber an der bisher besprochenen Frage nichts. Auch

in diesen Fällen muss gesagt werden, dass, solange diese Forderungen nicht entstanden sind, die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zusteht.[1])

Die oben allgemein bei einer Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen erörterten Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass der Eigentümer keinesfalls zum Nachteil des Gläubigers über den ihm jeweils zustehenden Teil der Hypothek verfügen kann, haben bei der Maximalhypothek zu der schon allgemein widerlegten Ansicht geführt, dass überhaupt keine Eigentümergrundschuld besteht, bevor die Nichtentstehungsmöglichkeit der Forderung feststeht, d. h. bevor der Vorbehalt der Feststellung ausgefüllt ist.[2]) Denn im Gegensatz zu der nach § 1113 bestellten Hypothek für künftige Forderungen kann ja bei der Maximalhypothek niemals vor der Feststellung der Forderung feststehen, ob Forderungen noch entstehen können oder nicht. Was unter Feststellung zu verstehen ist, ist später zu erörtern.[3]) Die angeführte Meinung ist jedenfalls schon aus dem Grunde abzulehnen, weil sich die Maximalhypothek von der nach § 1113 bestellten Hypothek nicht durch ihren Inhalt, sondern durch ihre

---

[1]) Dieser Ansicht Enneccerus-Kipp-Wolff II, 1 S. 554 § 153, III u. S. 522 § 145 III.; Gierke II S. 908 § 163, III; Komment. d. RGR. Bd. I S. 1138 zu § 1190 Anm. 1; Cosack II. 1 S. 242 § 228, II; Böckel § 4 S. 21; Horn S. 86; Hirsch, Archiv f. BR. Bd. 25 S. 235; Windscheid A. f ziv. Prax. Bd. 35 S. 75; Mayer, Gruchot Bd. 56 S. 523 ff; Ahsbahs Jh. Jahrb. Bd. 50 S. 398; Endemann II, 1 S. 880 § 138, 2 u. S. 742 ff. zu § 116 Anm. 27 u. 33; Predari S. 334 § 19, 9 B; und neuerdings auch im Gegensatz zu seinen früheren Entscheidungen RG. 1. III. 11 RGE. Bd. 75 S. 250.

[2]) Vertreten durch Staudinger III S. 957 zu § 1190 Anm. 5a; Crome III S. 799 3 484, 2; Goldmann—Lilienthal II, S. 604 § 81 II, 1; Kretschmar S. 604 zu § 1190 Anm. 5; Neumann I S. 970 zu § 1190 Anm. 4a; Biermann III S. 434 zu § 1113 Anm. 3a; Dernburg S. 807 § 243, III; Sternberg Jh. Jahrb. Bd. 62 S. 418; von Henle, Recht 06 S. 69, Oberneck II S. 405 § 158, 2; Willenbücher S. 256 zu § 1190 Anm. 9; Turnau-Förster I S. 1024—27 zu § 1190 Anm. 10; Beck S. 45 ff.; Güthe I S. 533/34 zu § 22 GBO. Anm. 14. Ferner seien einige der zahlreichen Entscheidungen genannt: RG. 19 März 02, RGE. 51, 117; 15. VI. 03. RGE. 55, 117; 27. V. 05 RGE. 61, 37; KG. 28. Juni 09 OLGE. Bd. 20 No. 26 S. 415/16; OLG. Posen. 26. III. 08. OLGE. Bd. 16 No. 21 S. 329 ff.

[3]) vgl. § 11.

Bestellungsweise unterscheidet. War die Gegenansicht für die nach § 1113 bestellte Hypothek für künftige oder bedingte Forderungen unrichtig, so muss sie es daher auch für eine Maximalhypothek sein. Denn wie gezeigt, ist die ganze Frage nicht spezifisch für die Maximalhypothek. [1]) Auch bei der Maximalhypothek hilft dasselbe Prinzip wie bei der nach § 1113 bestellten Hypothek für künftige Forderungen: Da es sich bei der Maximalhypothek stets um eine Sicherungshypothek, d. h. um eine Buchhypothek handelt, kommt nur die Verfügung des im Grundbuch eingetragenen Berechtigten in Frage. Auch hier ist aber nicht der Eigentümer sondern der Gläubiger als Berechtigter eingetragen. Der Eigentümer hat wiederum nur bezüglich des ihm jeweils zustehenden Teiles der Maximalhypothek den Berichtigungsanspruch, der aber durch die Einrede des Gläubigers hinfällig wird. Infolgedessen kann auch von dem Standpunkte aus, dass solange und soweit die Gläubigerforderungen den Höchstbetrag nicht erreichen, die Maximalhypothek. dem Eigentümer als Grundschuld zusteht, der Eigentümer nicht wirksam vor Feststellung der Forderung über die ihm jeweils zustehende Grundschuld verfügen.[2])

---

[1]) vg. §§ 2 u. 7.

[2]) Dass dies auf einer Einrede gegenüber der actio negatoria beruht, ist gezeigt und wird auch mit überzeugenden Gründen von Wolff in Enneccerus—Kipp—Wolff a. a O. ausgeführt. Die übrigen Versuche, von der im Text vertretenen Grundanschauung aus das Resultat, dass der Eigentümer über die Eigentümergrundschuld nicht verfügen kann. zu rechtfertigen, sind unzutreffend und führen anderseits zu neuen Schwierigkeiten, die bei der hier vorgetragenen Ansicht ohne weiteres zu lösen sind. Einzelne wollen das Ergebnis, dass der Eigentümer über die Eigentümergrundschuld nicht verfügen darf, aus dem Rechtsinstitut der Bedingung herleiten, indem sie ausführen, dass die Eigentümergrundschuld bedingt sei durch das Nichtentstehen weiterer Forderungen (so z. B. Komment. d. RGR. a. a. O., Ahabahs a. a. O., Herold Z. Bl. F. G. Bd. IV S. 695 ff) Hiermit verwandt ist auch die Lehre von der vorläufigen Eigentümergrundschuld (so z. B. Hirsch a. a. O.). — Denn da bei der Maximalhypothek, falls nicht etwa durch Parteivereinbarungen Bedingungen im Rechtssinne konstituiert sind, die Rechtsfolge, dass der Eigentümer an Verfügungen über die Eigentümergrundschuld verhindert werden muss, solange nicht feststeht, dass die Eigentümergrundschuld

Es sei hier schon kurz bemerkt, dass dieses Resultat für die Frage der Pfändung der Eigentümergrundschuld vor der Feststellung der Forderung entscheidend ist.

Auch die vielfach erörterte Frage, wie die Rechtslage bei der Maximalhypothek sich gestaltet, wenn die Gläubigerforderungen nicht nur fortlaufend wachsen, sondern sich auch fortlaufend vermindern, ist nach dem hier aufgestellten Prinzipe einfach zu lösen. In einem solchen Falle, wo eine Minderung der durch die Maximalhypothek zu gewährenden Sicherheit durch Rückzahlungen des Eigentümers oder Schuldners, durch Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek in Ansehung einer bestimmten Forderung, ferner hier auch durch

---

nicht mehr zur Sicherung von Gläubigerforderungen gebraucht wird, ipso iure eintreten muss, passt die Kategorie der Bedingung überhaupt nicht hierher. Es könnte sich höchstens um eine condicio iuris handeln, die in keiner Weise mit condiciones pacti verwechselt werden darf. Dieser Gesichtspunkt hat dazu geführt, dass andere die Eigentümergrundschuld für gesetzlich „gebunden" erachten, die Unmöglichkeit des Eigentümers, über die Eigentümergrundschuld zu verfügen, also aus einem Veräusserungsverbot herleiten (so z. B. Oertel S. 71 ff.) Das letztere ist aber weder aus bestimmter gesetzlicher Vorschrift noch aus dem Wesen der Maximalhypothek irgendwie zu entnehmen.

Die hiernach schon konstruktionell unzutreffenden Deduktionen führen anderseits zu ähnlichen Schwierigkeiten und entsprechend zu willkürlichen Auswegsmitteln, wie die Ansicht derjenigen, welche das Entstehen von Eigentümergrundschulden und Regresshypotheken von der Feststellung der Forderung abhängig machen. Ist nämlich objektiv die Rechtslage so, dass voraussichtlich weitere Forderungen nicht oder nicht mehr entstehen, dann würde trotzdem die Gebundenheit oder die Bedingtheit der Eigentümergrundschuld ebenso wenig aufhören, wie nach der Gegenansicht eine Eigentümergrundschuld vor Feststellung der Forderungen entstehen kann. Um Härten zu vermeiden, will man hier damit helfen, dass man dem Eigentümer eine actio ex aequo et bono gegen den Gläubiger gibt auf Zustimmung zur Umwandlung des entsprechenden Teiles der Maximalhypothek in eine Eigentümergrundschuld. Dieses Hilfsmittel ist ebenso unbestimmt wie gesetzlich unbegründet. Von dem Standpunkte aus, dass weder eine bedingte noch gebundene Eigentümergrundschuld vorliegt, sondern lediglich bei Geltendmachung derselben das Gläubigerrecht aus dem pactum de hypothecando im Wege der Einrede entgegentritt, ergiebt sich von selbst, dass zur Begründung der Einrede der Nachweis gehört, ob und inwieweit weitere Forderungen entstehen können: dass also naturgemäss die Einrede ohne weiteres überall da nicht durchgreift, insoweit die Möglichkeit der Entstehung weiterer Forderungen zu verneinen ist.

den Spezialfall des § 1190 Abs. 4 BGB: Abtretung einer Teilforderung ohne die Hypothek erfolgt, entsteht eine Eigentümergrundschuld bezw. Regresshypothek für den entsprechenden Teil der freiwerdenden Gläubigerhypothek. Die Durchführung dieser Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek im Wege der actio quasi negatoria stösst aber stets auf dieselbe oben besprochene Einrede [1]).

Es ergibt sich weiterhin für die Maximalhypothek das gefundene Resultat, dass die Hypothek, soweit sie dem Gläubiger nicht zusteht, nach allgemeinen Grundsätzen demjenigen zusteht, in dessen Person der Umstand eingetreten ist, der zur Folge hatte, dass die Hypothek, nicht dem Gläubiger zustand: d. h. dass die Hypothek, soweit Forderungen nicht entstanden sind, dem Besteller, auch wenn er zurzeit der Feststellung der Forderung nicht mehr Eigentümer ist, zusteht; soweit Forderungen erloschen oder von der Hypothek losgelöst sind, demjenigen, der zurzeit dieses Ereignisses Eigentümer war bezw. dem, der infolge dieses Umstandes einen Regressanspruch hatte.[2])

Die Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die Maximalhypothek und zwar in Ansehung:

2) der Beteiligung mehrerer Forderungsgläubiger an der Maximalhypothek.

§ 13.

Aus dem vorher gesagten ergibt sich die Lösung der bekannten Frage, ob eine Maximalhypothek auch in der

[1]) Die Gegner der hier vertretenen Theorie stehen folgerichtig auf dem Standpunkt, dass eine Zwischenzahlung, wenn sie nicht aus dem Grundstück erfolgt, überhaupt einflusslos auf die Maximalhypothek als Gläubigerhypothek ist. Betreffend die Literatur vgl. Anm. 2 Ferner noch Merkens, Bankarchiv Bd. VII S. 304 und D. Z. N. V. 05. Heft 9 S. 548 und die Entscheidungen des RG. 10. 1. 02. DJZ. 02. S. 118 u. 20. I. 04. JW. 04. S. 144 No. 13.

[2]) Dieser Ansicht, wenn auch z. T. wie ausgeführt, ohne zutreffende Begründung Staudinger Bd. III S. 856/57 zu § 1163 Anm. II 3 c ν u. S. 958 zu § 1190 Anm. 5a; Kretschmar 6. 604 zu § 1190 Anm. 6 a, ß; Planck III S. 715 Anm. 3 b zu § 1190; Crome III S. 799 § 484 2 Anm. 10; Oberbeck Veröffentlichung des Berliner Anwaltvereins 03 S. 28 ff. u. Reichsgrundbuchrecht Bd. II S. 411 § 158, 7; Beck

Weise bestellt werden kann, dass mehrere Gläubiger an ihr beteiligt sind.[1]) Und dies ist nicht nur so wie bei jeder anderen Hypothek möglich, dass die Gläubiger als Gesamthänder an der Hypothek beteiligt sind — die bei anderen Hypotheken ferner mögliche Beteiligung mehrerer Gläubiger in der Form der Gemeinschaft nach Bruchteilen kann bei der Maximal-Hypothek naturgemäss nicht in Betracht kommen — sondern auch der Art, dass die Maximalhypothek nur dann und insoweit zur Sicherung der Forderung des einen Gläubigers dienen soll, als und inwieweit der Höchstbetrag nicht durch die Forderungen des anderen Gläubigers in Anspruch genommen wird. Dies ist schon insofern denkbar, als, wenn zunächst für einen Gläubiger die Maximalhypothek bestellt ist, der Eigentümer den Berichtigungsanspruch bezüglich der Eigentümerhypothek hat und diesen einem Dritten abtreten könnte. Der abgetretene Berichtigungsanspruch wäre dann ebenso einredehaft wie vor der Abtretung, gleichwohl aber würde der Zessionar durch den die Forderung des Gläubigers überschiessenden Teil des Höchstbetrages gesichert werden. Um dies dinglich zum Ausdruck zu bringen und gutgläubige Dritte auszuschliessen, könnte nun für den Zessionar eine Vormerkung des Inhalts eingetragen werden, dass die Hypothek dem Zessionar abgetreten werden soll, sobald

---

S. 81 ff; Jäckel Z. Bl. F. G. 4 Jahrg. Heft 9 S. 279 ff; Fuchs S. 621 zu § 1190 Anm. 11.

Dagegen nur Dernburg S. 810 § 243 V, der die Hypothek immer dem Besteller zufallen lassen will und v. Henle, Recht 06 S. 69, der stets den derzeitigen Eigentümer für den Berechtigten hält.

[1]) Diese Art der Maximalhypothekenbestellung erachten für zulässig Crome III S. 798 § 484, 1 Anm. 7; Endemann II, 1 S. 881 § 131, 3; Turnau-Förster I S. 1016 zu § 1190 Anm. 2; Willenbüscher S. 254 zu § 1190 Anm. 4; ferner das KG. in mehreren Entscheidungen z. B. 17. Juni 01 in RJA. Bd. II S. 188, 18. I. 04. in RJA. Bd. IV S. 128/129.

Dagegen sprechen sich aus Staudinger III S 951 zu § 1190 Anm. 2 c α; Goldmann-Lilienthal II S. 603 § 81 II, 1 und Anm. 49; Biermann III S. 614 zu § 1190 Anm. 3 c; Neumann I S. 970 zu § 1190 Anm. 2; Planck III S. 523 zu § 1113 Anm. 4 Abs. 3. Eccius DJZ 02. S. 61 ff; Güthe I S. 974 zu § 48 GBO Anm. 4 a; Huth Z. Bl. F. G. VI. Jahrg. S. 175 ff. Ferner OLG. Rostock 13. Aug. 12; Seufferts Arch. Bd. 68 1. Heft No. 14; RG. 1. III. 11. in RGE. Bd. 75 S. 250.

dies nach Feststellung der Forderung des Gläubigers möglich ist.[1]) Dieser Weg ist wohl ohne weiteres als zulässig anzuerkennen. Dasselbe Ziel lässt sich nun aber auf andere und einfachere Weise erreichen, wenn nämlich der ursprünglich eingetragene Gläubiger seine Zustimmung erteilt und die Maximalhypothek mit Zustimmung des ursprünglichen Gläubigers bedingt durch die Nichtausfüllung des Höchstbetrages durch die Forderungen des ursprünglichen Gläubigers abgetreten wird. Wenn das aber zutreffend ist, muss dieser Weg von vornherein möglich sein und zwar so, dass dem einen Gläubiger die Maximalhypothek unbedingt, dem anderen nur unter der Voraussetzung und insoweit eingeräumt wird, dass und inwieweit die Forderungen des unbedingt eingetragenen Gläubigers den Höchstbetrag nicht erreichen.

In der Eintragung kann das dahin zum Ausdruck gebracht werden, dass die Maximalhypothek bis zum Höchstbetrag eingetragen wird für den X. mit der Massgabe, dass die Hypothek, insoweit die Forderungen des X. den Höchstbetrag nicht erreichen, dem Y. zur Sicherung seiner Forderungen zustehen soll; oder auch dahin dass die Maximalhypothek bis zum Höchstbetrage eingetragen wird zur Sicherung der Forderungen des X. und des Y., wobei X, dem Y. im Range vorgehen soll. Eine Eintragung dieser Art kann nicht, wie die Gegenansicht[2]) annimmt, wegen Unbestimmtheit des Gläubigers für unzulässig erachtet werden. Das Prinzip der Bestimmtheit der Grundstücksbelastung bezieht sich nur auf diese selbst, nicht aber darauf, wem sie zusteht.

[1]) Diesen Weg müssten auch diejenigen für zulässig erachten, die das Entstehen der Eigentümergrundschuld von der Feststellung der Forderung abhängig machen. Es könnten nämlich dann zwischen dem Eigentümer und dem, der innerhalb des Höchstbetrages der Maximalhypothek mit dem Range nach dem eingetragenen Gläubiger eine Sicherung erhalten soll, vereinbart werden, dass letzterer nach Feststellung der Forderung ein Pfandrecht an der sich dann ergebenden Eigentümergrundschuld erhalten soll; und dieser Anspruch kann nach § 883 BGB. als künftiger vorgemerkt werden.

[2]) vgl. Anm. 1.

Bei jeder Hypothek kann es bis zum gewissen Grade zweifelhaft sein, wem sie zusteht, insbesondere aber bei einer Hypothek für künftige Forderungen. Ausserdem ist im BGB. ausdrücklich ein Fall vorgesehen, in dem das BGB. überhaupt keine Gläubigerbezeichnung enthält: § 1188 BGB. Notwendig ist lediglich, dass aus der Grundbucheintragung die Person des Gläubigers unter Hinzunahme anderer Umstände mit Sicherheit bestimmbar ist. Und dies ist auch dann der Fall, wenn eine Hypothek in der Weise bestellt wird, dass sie, wenn und soweit sie nicht dem einen Gläubiger zusteht, sie einem anderen Gläubiger zustehen soll; eine Möglichkeit die nicht nur bei der Maximalhypothek, sondern auch bei jeder anderen Hypothek vorhanden ist. [1])

Die Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die Maximalhypothek und zwar in Ansehung

3. des Vorbehalts der Feststellung der Forderung.

§ 14.

Nachdem nun die Rechtslage vor Feststellung der Forderung in dem voraufgehenden Paragraphen klargelegt ist, ist die Frage aufzuwerfen, was aus der Maximalhypothek wird, wenn der Vorbehalt der Feststellung der Forderung durch die Feststellung selbst ersetzt wird.

Wie schon vorher bemerkt, ist die Feststellung ein künftiges Ereignis, dass eine Fixierung der Forderung nach Grund und Betrag, möglicherweise auch nach der Person des berechtigten Gläubigers im Sinne des § 13 der Arbeit bewirkt. Die Feststellung der Forderung kann zur Folge haben, dass damit der gesamte Schwebezustand beseitigt, wirtschaftlich also die Maxi-

[1]) Die Gegner dieser Ansicht können allerdings zu demselben Resultat gelangen: Es kann nämlich die Maximalhypothek jedenfalls für die Forderungen der beiden Gläubiger als Gesamthänder bestellt werden und die Gläubiger müssen sich untereinander obligatorisch vereinbaren, wer von ihnen beiden im Verhältnis zu einander zunächst Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse erlangen kann.

malhypothek zur Hypothek mit festem Betrage wird. Juristisch kann dies nur durch Einigung zwischen Grundstückseigentümer, Gläubiger, Schuldner und Eintragung geschehen, sogenannte Umwandelung. Und zwar kann diese Umwandlung der Maximalhypothek erfolgen in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder in eine Verkehrshypothek und hier wiederum sowohl in eine Buch- als auch in eine Briefhypothek. [1]) Praktisch wird die Feststellung in dieser Weise häufig erfolgen. Da aber, wie gezeigt, das Charakteristikum der Maximalhypothek nicht in der Art der zu sichernden Forderung, sondern in der Art der Bestellung liegt, kann die Feststellung der Forderung begriffsnotwendig nicht die Umwandlung der Maximalhypothek erfordern oder bewirken.

Unter Feststellung der Forderung kann nur verstanden werden eine zwischen den Parteien massgebliche Festsetzung der zu sichernden Forderungen. Diese kann geschehen im vertraglichen Wege als Schuldanerkenntnis, Saldoanerkenntnis, Vergleich oder durch rechtskräftiges Urteil. Eine endgültige Feststellung im Sinne von § 1190 BGB. liegt aber nur immer dann vor, wenn festgestellt wird, dass weitere Forderungen nicht mehr entstehen können, dass also das Grundverhältnis beendet ist. Soweit es sich um verzinsliche Forderungen handelt und der Betrag der Forderungen und Nebenleistungen zur Zeit der Feststellung den Höchstbetrag nicht erreicht, muss hier berücksichtigt werden, dass die Zinsen bei der Maximalhypothek in den Höchstbetrag eingerechnet werden, dass also der Vorbehalt der Feststellung nur dann erfüllt wird, wenn der Zinsenlauf aufhört. Das gleiche gilt von anderen Nebenleistungen mit Ausnahme der Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung. Die Feststellung im Sinne von § 1190 BGB.

---

[1]) §§ 1184, 1118, 1116 BGB.

hat also keine dringliche Wirkung.[1]) Es handelt sich lediglich um die Deklaration des bereits vor der Feststellung bestehenden Rechtszustandes.

Dass eine Feststellung unter den Parteien, ohne dass gleichzeitig dabei das Entstehen weiterer Forderungen ausgeschlossen wird, auf die Hypothek keinen Einfluss haben kann, ergibt sich von selbst. Doch dies gilt auch von der endgültigen Festellung: Durch eine nicht endgültige Feststellung wird die Einrede des Gläubigers gegen den Berichtigungsanspruch des Eigentümers betreffend die ihm jeweils zustehende Eigentümergrundschuld nicht ausgeschlossen; nur nach endgültiger Feststellung ist der Berichtigungsanspruch nicht mehr einredebehaftet. Dies ist er aber auch vor der endgültigen Feststellung naturgemäss ebensowenig, wenn und soweit der Rechtszustand gemäss obigen Ausführungen zur endgültigen Feststellung reif war. Die Feststellung als solche hat also auf die Einrede des Gläubigers gegenüber dem Berichtigungsanspruch des Eigentümers keine Wirkung, sodass durch die Festellung an sich die Stellung des Grundstückseigentümers gegenüber dem Hypothekengläubiger nicht verschoben wird. Nur aus der Art, wie die Feststellung im einzelnen Falle vorgenommen wird, kann etwas anderes folgen. Geschieht die Feststellung im Wege des Rechtsgeschäftes zwischen Grundstückseigentümer, Gläubiger und Schuldner, kraft dessen die ursprünglich durch die Maximalhypothek gesicherten subjektiv unbestimmten Forderungen untergehen und an ihre Stelle eine neue durch das Feststellungsgeschäft hervorge-

---

[1]) So die herrschende Meinung: z. B. Komm. RGR. I S. 1139 zu § 1190 Anm. 1; Planck III S. 708 c zu § 1190 Anm. 6; Fuchs S. 625 zu § 1190 Anm. 22a; Güthe II S. 1706, 7a; Goldmann-Lilienthal II S. 608 § 81, II 1 Anm. 47. Die gemäss nachfolgenden Erörterungen als unrichig zu beweisende Ansicht, dass die Maximalhypothek durch blosse Feststellung zur gewöhnlichen Sicherungshypothek werde, wird noch vertreten durch Biermann 3 S. 617, 618 zu § 1190 Anm. 6; Willenbücher S, 256, 257 zu § 1190 Anm. 8 und 12.

rufene bestimmte Forderung tritt (Novation) [1]), so wird allerdings eine dingliche Wirkung, wenn auch nicht in Ansehung der Hypothek als Grundstücksbelastung [2]), so doch in Ansehung des Teiles, der Eigentümergrundschuld ist, ausgeübt: durch eine derartige Novation gehen die alten Forderungen unter; an ihre Stelle tritt je nach den Umständen eine grössere oder kleinere Forderung. Demgemäss verändert sich auch die Eigentümergrundschuld und der Umfang der dem Berichtigungsanspruch des Eigentümers vom Gläubiger entgegenzusetzenden Einrede. Dies alles folgt aber nicht aus dem Rechtsgeschäft, weil es eine Feststellung im Sinne von § 1190 BGB, enthält, sondern aus dem Rechtsgeschäft als solchem. Daher ist es auch nötig, dass bei Auseinanderfallen von Grundstückseigentümer und Schuldner bei einem derartigen Rechtsgeschäft Grundeigentümer, Schuldner und Gläubiger zusammenwirken; denn durch Vertrag zwischen Grundstückseigentümer und Gläubiger können die bestehenden Forderungen gegen den Schuldner nicht verändert werden, und durch Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger allein kann die Haftung des Grundstücks nicht auf ein neues Grundverhältnis erstreckt werden; ausgenommen, dass die Grundstückshaftung von vornherein sich auf sämtliche Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner bezieht. Im letzteren Falle ist allerdings die Mitwirkung des Grundstückseigentümers zur Novation nicht erforderlich.

Mit der Feststellung im Sinne von § 1190 BGB. verliert also die Hypothek zwar wirtschaftlich

[1]) Z. B. durch Vergleich, Verbindung eines positiven mit einem negativen Schuldanerkenntnis u. s. w. Die Novation in diesem Sinne ist allerdings nur bei der Maximalhypothek möglich, da auch die Novationsforderung selbst bei Beschränkung der Maximalhypothek auf ein bestimmtes Grundverhältnis diesem entspringt. Bei einer Hypothek mit bestimmt angegebener Forderung könnte die auf Novation beruhende Forderung nur durch grundbuchmässig zum Ausdruck gebrachte Umwechselung (§ 1180 BGB.) zur Hypothekenforderung werden.

[2]) Wie es bei einer Umwandlung der Maximalhypothek in eine Hypothek mit fest bestimmter Forderung der Fall wäre.

aber nicht rechtlich ihren Charakter als Maximalhypothek. Die Hypothek bleibt auch nach der Feststellung in der Weise eingetragen, wie sie bestellt war; und dies allein ist massgebend. Die Feststellung hat also im Grunde genommen auf die Maximalhypothek als solche gar keinen Einfluss. Eine durch vertragliche Vereinbarung oder durch Urteil erfolgte Feststellung schliesst somit auch prinzipiell keineswegs die Entstehung neuer unter die Hypothek fallender Forderungen aus. Die Feststellung gilt immer nur für den Zeitpunkt, in dem sie erfolgt.

Die Feststellung hat ferner, da sie, wie gezeigt, lediglich rein obligatorische Wirkungen hat, nur zwischen den Parteien, zwischen denen sie vertraglich vereinbart ist oder zwischen denen das Urteil Rechtskraft besitzt, Bedeutung. Die Feststellung zwischen Gläubiger und Schuldner wirkt folglich nicht gegen den Grundstückseigentümer, die zwischen Schuldner und Grundstückseigentümer erfolgte Festellung ist für den Gläubiger nicht bindend.

Durch die Feststellung wird also nicht bestimmt, wem die Hypothek zusteht, sondern nur die Art und Höhe der Forderung. Hieraus folgt allerdings, in welcher Höhe die Maximalhypothek dem eingetragenen Hypothekengläubiger zusteht; wem aber die Differenz zwischen Gläubigerforderung und Höchstbetrag zusteht, wird durch die Feststellung weder berührt noch ersichtlich.[1])

[1]) Dies haben u. a. besonders betont die Entscheidungen des KG. vom 25. 5. 03 in KGJ. Bd. 26. S. A 150 und vom 8. 8. 06. KGJ. Bd. 32 S. A 257 ff.

Besonderer Teil.

Einleitung.

§ 15.

Die im allgemeinen Teil gefundenen Ergebnisse sind nun im einzelnen insoweit zu erörtern, als die Maximalhypothek materiell oder formell Besonderheiten aufweist. Es wird hierbei nicht zu umgehen sein, einzelnes schon allgemein Erörtertes im besonderen zu wiederholen; insoweit müssen aber Verweisungen auf die bisherigen Ausführungen genügen.

Es handelt sich hier zunächst um die Darlegung des materiellen Rechts: um die Entstehung, den Untergang, den Übergang und die Umwandlung der Maximalhypothek, die Schicksale der Hypothekenforderung und um die Rangstellung der Grundstücksbelastung. Darauf ist das formelle Recht zu berücksichtigen: Die Geltendmachung der Maximalhypothek, wobei zu unterscheiden ist, inwieweit die Maximalhypothek Gläubigerhypothek oder Eigentümergrundschuld resp. Regresshypothek ist, die Behandlung der Maximalhypothek bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück sowie endlich die Zwangsvollstreckung in die Maximalhypothek selbst, wobei wieder derselbe Unterschied wie bei der Geltendmachung der Maximalhypothek hervorzuheben ist.

I. Kapitel.

Das materielle Recht.

I. Abschnitt.

Entstehung und Untergang der Maximalhypothek.

§ 16.

Wie schon des öfteren [1]) betont, beruht die Eigenart der Maximalhypothek nicht in ihrem Inhalt, sondern

[1]) Vergl. § 2.

nur in der Art ihrer Bestellung. Für die Entstehung der Maximalhypothek gelten deshalb die Grundprinzipien für die Entstehung von Rechten an Grundstücken: Einigung und Eintragung. Die Abweichung von der Entstehung anderer Grundstücksbelastungen ist lediglich darin zu erblicken, dass bei der Einigung und dementsprechend bei der Eintragung bestimmte Forderungen nicht angegeben werden. Dies ist aber, wie gezeigt, essentiale der Maximalhypothekenbestellung. Werden ihrem Betrag und Grund nach genau bestimmte Forderungen angegeben, dann kann von der Bestellung einer Maximalhypothek nie die Rede sein. Allerdings kommt es gemäss dem formellen Konsensprinzipe des Grundbuchrechts einzig und allein auf die Angabe an; der wahre Sachverhalt ist hierbei vollkommen bedeutungslos. — Streitig bei der Entstehung der Maximalhypothek ist nur die formelle Seite der grundbuchmässigen Bewilligung und die Art der Eintragung: Da bei der Maximalhypothek die Bestimmung einer Forderung überhaupt nicht notwendig ist, kann bei ihr eine Eintragung auch dahin erfolgen, dass sämtliche Forderungen des einzutragenden Gläubigers gesichert werden. In diesem Falle ist die Angabe „sämtliche Forderungen" zwar möglich, aber nicht notwendig. Es muss genügen, wenn in der Eintragungsbewilligung und also auch in der Eintragung gesagt wird, die Hypothek solle bis zum Höchstbetrage von y M. für X eingetragen werden. Ist aber bei der Einigung der Parteien die Bestellung der Maximalhypothek nur für Forderungen aus einem bestimmten Grundverhältnisse vereinbart worden, so ist die Angabe dieses Rechtsverhältnisses in der Bewilligung und damit auch in der Eintragung — wenigstens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung — notwendig.[1])

[1]) So RGR. Bd. I S. 1140 zu § 1190 A. 2; Kretschmar S. 602 zu § 1190 A. 2; Staudinger III S. 951 zu § 1190 A. 2 a α; Biermann III S. 618 zu § 1190 A. 1; Dernburg S. 808 § 243 IV 1 A. 19; Fuchs S. 619 zu § 1190 A. 5; Enneccerus-Kipp-Wolff § 153 II S. 553; Predari S. 131 § 9 IV 3 a; Turnau-Förster I S. 1019 zu § 1190 A. 6; Willenbücher zu § 1190 A. 5; Güthe I S. 222 Vorbem. 54. zum 2. Abschn.,

Denn würde diese Angabe fehlen, so wäre die Hypothek mit einem Inhalt eingetragen, welcher der Einigung widerspricht. Einigung und Eintragung aber müssen sich decken, sonst kann eine Grundstücksbelastung überhaupt nicht entstehen. Mangels Übereinstimmung von Einigung und Eintragung entsteht nicht etwa eine Eigentümergrundschuld; denn diese setzt nach materiellem Rechte eine wirksam bestellte Hypothek voraus.

Man könnte ja nun sagen, dass die Eintragung ohne Angabe des Grundverhältnisses als umfassendste Eintragung die auf ein bestimmtes Grundverhältnis eingeschränkte Einigung deckt, weil dann die Einigung nur ein minus gegenüber der Eintragung bilde: Hieraus könnte man auch weiter schliessen, dass die Eintragung eines bestimmten Grundverhältnisses nicht nur nicht notwendig, sondern als überflüssig unzulässig sei. Dies ist aber nicht richtig: Bezieht sich die Einigung nur auf ein bestimmtes Grundverhältnis, dann ist sie nicht ein minus gegenüber der die Angabe des Grundverhältnisses entbehrenden Hypothekeneintragung, sondern ein aliud: Die Eintragung ist ein abstrakter Vertrag, der die Willensübereinstimmung beider Parteien deutlich zum Ausdruck bringen muss. Es ist aber nicht nur ein gradueller Unterschied, ob in der Einigung ein Vertrag die Hypothekenbestellung für sämtliche Forderungen des Gläubigers oder ein solcher die Hypothekenbestellung für die Forderungen aus einem bestimmten begrenzten Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Eigentümer resp. Schuldner betreffend enthalten ist. Es sind dies zwei inhaltlich verschiedene Verträge. Sind aber diese Verträge verschieden, so sind auch die sie nur wiedergebenden Erklärungen: nämlich Einigung

---

und das KG. in seinen Entsch. v. 30. 12. 01 KGJ Bd. 23 S. A. 237, 10. 10. 07 KGJ Bd. 35 S. A. 281. Dagegen: Plank III S. 713 zu § 1190 A. 2 d; Sternberg Johow Bd. 62 S. 381; Achilles-Strecker § 10 1 2 S. 61; Oberneck S. 404 § 158, 2; Endemann S. 880 § 131, 1; ferner das RG. vom 20. 3. 07 RG. Bd. 68 S. 366, v. 22. 6. 07 in Seuff. A. Bd. 62 Nr. 232 S. 407 und scheinbar auch das bei der Allg. Verfügung vom 20. 11. 99 als Anlage A beigefügte Formular Abt. III lfd. Nr. 5.

und Eintragung, materiell verschieden. Daraus folgt weiter, dass die Einigung der Parteien betr. die Hypothekenbestellung für Forderungen aus einem bestimmten Grundverhältnis ein aliud gegenüber der Eintragung der Hypothekenbestellung für sämtliche Forderungen des Gläubigers ist. Der inhaltliche Unterschied zeigt sich insbesondere bei den Konsequenzen, die die Beschränkung der Maximalhypothek auf ein bestimmtes Grundverhältnis in Ansehung der Umwandlung in Eigentümergrundschulden und Regresshypotheken zeitigt. Die hier vorgetragene Ansicht wird ausserdem dadurch bestätigt, dass auch bei der Maximalhypothek die Auswechselung der Forderungen [1]) möglich ist, was nicht der Fall wäre, wenn begrifflich die Beschränkung des Forderungskreises lediglich einen zahlenmässigen Unterschied bedeutet.[2])

Hiermit fällt aber auch die weitere oben angegebene Folgerung, dass die Eintragung des Grundverhältnisses als überflüssig unzulässig sei, zusammen.

Es ist also daran festzuhalten, dass bei Bestellung einer Maximalhypothek für Forderungen aus einem bestimmten Grundverhältnis, diese Begrenzung der Haftung der Maximalhypothek in der Grundbucheintragung entweder durch ausdrückliche Eintragung oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung anzugeben ist.

Die Entstehung einer Maximalhypothek ist auch ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs möglich durch Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, nämlich durch Eintragung einer Sicherungshypothek, soweit diese auf Grund eines Arrestbefehls erfolgt [3]). Der Höchstbetrag einer derartigen Zwangs-Maximalhypothek bestimmt sich nach demjenigen Be-

---

[1]) Vergl. § 20.

2) Diejenigen, die diese Ansicht damit begründen, dass § 1115 insoweit Anwendung finden müsse, als § 1190 dem nicht entgegenstehe, (wie z. B. Biermann a. a. O. u. KG. v. 30. 12. 01 a. a. O.) übersehen, dass begrifflich § 1115 bei der Maximalhypothek des § 1190 keine Anwendung finden kann. Denn grade die Nichtanwendbarkeit bildet den Unterschied zwischen der Maximalhypothek und der gewöhnlichen Hypothek.

[3]) Vergl. § 932 ZPO.

trage, durch dessen Hinterlegung gemäss § 923 ZPO. die Arrestvollziehung gehemmt wird.

Über den Untergang der Maximalhypothek ist hier nichts zu bemerken, da er sich nach den allgemeinen Vorschriften über den Untergang von Rechten an Grundstücken richtet. Die Maximalhypothek erlischt also durch Löschung (§ 875 BGB.), Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren, falls keine besonderen Gründe entgegenstehen (§ 52, 91 ZwG.), und gemäss § 1173 Abs. I Satz 1 BGB., wenn die Hypothek als Gesamthypothek bestellt ist im Sinne des § 1132.

---

2. Abschnitt.

Der Übergang der Maximalhypothek:

I. Ohne die Forderung.

§ 17.

Im allgemeinen Teile der Abhandlung [1]) wurde schon dargelegt, dass auch bei der Maximalhypothek eine Übertragung der Hypothek ohne Forderung entgegen der Vorschrift des § 1153 Abs. II BGB. unmöglich ist. Die Hypothek ohne Forderung zu übertragen, ist nur nach der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld zulässig. Diese Umwandlung der Hypothek kann ipso iure geschehen in eine Eigentümergrundschuld oder rechtsgeschäftlich durch Einigung und Eintragung in eine Fremdgrundschuld. Geschieht eine solche Umwandlung, so bleibt es fraglich, ob das Wesen der Maximalhypothek dadurch in Bezug auf ihre Eigenschaft als Maximalhypothek sich ändert oder ob sie so zu sagen eine Maximalgrundschuld wird. Da das Wesen der Maximalhypothek nicht in ihrem Inhalte, sondern nur in ihrer Bestellungsweise gefunden wurde, müsste konsequenterweise die Frage im letzteren Sinne bejaht werden, insoweit es sich um den ipso iure-Übergang als Eigentümergrundschuld oder den rechtsgeschäftlichen

[1]) Vergl. § 5.

Übergang ohne grundbuchmässige Abänderung des Eintragungsinhalts handelt. Dies ist aber falsch. Die Unrichtigkeit einer solchen Annahme folgt aus dem Wesen der Grundschuld. Da die Grundschuld eine abstrakte Grundstücksbelastung darstellt und mit einer Forderung rechtlich nicht verbunden sein kann — wenn auch praktisch Grundschulden zumeist zur Sicherung von Forderungen dienen —, so wird die Unterscheidung zwischen den Bestellungsarten der §§ 1113 und 1190 BGB. ohne weiteres bedeutungslos, sobald die Grundstücksbelastung von einer Forderung abstrahiert wird. Daher kann es eine Maximalgrundschuld nicht geben. Sobald die Maximalhypothek in irgend welcher Form zur Grundschuld wird, bleibt das Zustehen dieser Grundschuld nicht von dem Vorbehalte der Feststellung einer Forderung abhängig; das Zustehen der Grundstücksbelastung in der Form der Grundschuld ist fest.

Einer besonderen Erörterung bedarf der Übergang der Maximalhypothek in eine Grundschuld nicht. Das bei rechtsgeschäftlichem Übergang eine Abweichung von den allgemeinen Regeln des Grundstücksverkehrs nicht eintreten kann, ergibt sich aus dem soeben dargelegten abstrakten Wesen der Grundschuld von selbst. Die Durchführung der aus dem gesetzlichen Uebergang in eine Eigentümergrundschuld folgenden Rechte ist, wie schon ausgeführt,[1]) durch die Einrede des Gläubigers gegenüber der actio negatoria gemäss dem pactum de hypothecando gehemmt. Die Übertragung einer auf diese Weise zur Eigentümergrundschuld gewordenen Maximalhypothek kann also nur so erfolgen, dass der einredebehaftete Berichtigungsanspruch abgetreten und gleichzeitig im voraus die Einigung über den Übergang der Eigentümergrundschuld getroffen wird. Eine wirkliche Übertragung ist nicht möglich, soweit die Einrede des Gläubigers durchgreift. Praktich wird allerdings durch die Abtretung des Berichtigungsanspruches genau

[1]) Vergl. § 8.

dasselbe erreicht wie durch Abtretung der Eigentümergrundschuld selbst, da der Eigentümer sich durch die Abtretung des Berichtigungsanspruches ausserstande setzt, anderweit über die Eigentümergrundschuld zu verfügen. Denn er kann ja den Berichtigungsanspruch nach Abtretung desselben nicht mehr durchsetzen. Freilich sind bei der Abtretung des Berichtigungsanspruches die Grundsätze über Forderungsabtretung, die gemäss § 413 entsprechend anzuwenden sind, zu beachten. Zu einer vollwirksamen Sicherung ist also eine entsprechende Anzeige an den betr. Gläubiger als Anspruchsgegner des Berichtigungsanspruches erforderlich.[1]) Möglicherweise kann auch eine Vormerkung auf Übertragung der Eigentümergrundschuld eingetragen werden; doch ist dies weniger von Bedeutung, weil der Schutz gutgläubiger Dritter gar nicht in Frage steht, soweit es sich darum handelt, doppelte Verfügungen des Eigentümers über den erwähnten Berichtigungsanspruch zu verhindern.

2. Mit der Forderung.

§ 18.

Die Übertragung der Maximalhypothek mit der Forderung ist ebenso möglich wie bei jeder anderen Hypothek. Nach dieser Richtung hin lässt sich überhaupt keine Besonderheit feststellen. Zu beachten ist hierbei lediglich, dass die Maximalhypothek kraft gesetzlicher Vorschrift als Sicherungshypothek anzusehen ist: Ein Erwerb der Hypothek mit der Forderung kraft guten Glaubens ist infolge des Ausschlusses von § 1138 nicht möglich, wenn und insoweit die zu sichernde Forderung nicht besteht. Bei der Maximalhypothek entfällt aber, wie gesagt, die Anwendbarkeit des § 1138 schon infolge ihrer besonderen Bestellungs- und Eintragungsweise, da bei ihr eine Forderung aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.[1]) Im übrigen aber sind alle Fra-

[1]) § 409.

gen, die bei der Maximalhypothek auftauchen, nichts der Maximalhypothek Eigentümliches; sie kommen bei ihr nur besonders häufig vor.

Zunächst ist daher allgemein zu entscheiden, ob eine Hypothek mit Forderung schon vor Entstehung derselben, d. h. eine Hypothek mit künftigen Forderungen übertragen werden kann.

Zugegeben ist, dass die Übertragung des Gläubigerrechtes an der Hypothek vor Entstehung einer Forderung der Wirksamkeit entbehrt. Denn der Gläubiger kann keine Rechte übertragen, die er gar nicht hat. Der Satz nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet wird hier nicht durch das Prinzip des guten Glaubens durchbrochen.[2]) Wohl aber möglich ist die Übertragung der Hypothek mit künftiger Forderung, d. h. das künftige Gläubigerrecht an der Hypothek, wenn dies unter der Voraussetzung des späteren Enstehens der Forderung geschieht. Die praktische Folge dieser noch zu beweisenden Behauptung ist die, dass mit dem Entstehen der Forderung in der Person des ursprünglichen Gläubigers die Rechtsstellung des Zessionars sofort begründet wird, ohne dass es einer neuen Übertragung bedarf, und dass eventuelle Zwischenverfügungen des Gläubigers unwirksam sind.

Die Behauptung, dass künftige Rechte im voraus übertragen werden können, ist bestritten.[3]) Gleichwohl ist dies zutreffend und bedarf zur Widerlegung der Gegenansicht einer etwas weit ausholenden Erörterung. Die Übertragung von Rechten ist ein Unterfall derjenigen

---

[1]) Vergl. § 8.

[2]) Das käme nur insoweit in Frage, als § 1138 überhaupt Anwendung findet, im Grundbuch also nicht zum Ausdruck gebracht ist, dass die Forderung künftig ist; ein Fall, der hier ausser Betracht bleiben soll.

[3]) Für die Uebertragbarkeit künftiger Forderungen z. B. Planck II S. 271/72 zu § 398 A 4 c; Staudinger II S, 447; Ennecerrus-Kipp-Wolff Bd. I 2 S. 220 § 302 II und die Praxis z. B. RG. 1. 10. 07 RG. Bd. 67 S. 167; vom 29. Sept. 03 RG. Bd. 55 S. 334; vom 26 4. 04 DJZ. 04 No 15 S. 745; OLG. Hamburg 1 IX. A.; OLG. Bd. 4 S. 213 ff. Dagegen Windscheid-Kipp II § 335, 1 c S. 390; Eccius, Gruchot Bd. 48 S. 465; Brückmann A. f. b. R. Bd. 28 S. 259 ff.

juristischen Kategorie, die man mit Rechtswirkung bezeichnet. Betrachtet man den Begriff der Rechtswirkung vom realen Standpunkte aus, so muss man allerdings sagen, dass eine Wirkung überall da nicht eintreten kann, wo noch keine Ursache vorliegt. Diese Anschauung ist berechtigt, soweit es sich um die Welt des realen Geschehens, um Tatsachen im Rechtsinne, handelt, nicht aber bei dem sogenannten rechtlichen Geschehen. Der Gebrauch des Wortes „Rechtswirkung" ist nur ein Bild und man darf niemals sich durch ein Bild, d. h. eine Erleichterung der Ausdrucksweise dazu verführen lassen, daraus Konsequenzen zu ziehen.[1]) Eine Einzelerörterung hierüber erübrigt sich hier nach der vortrefflichen Behandlung dieser Frage durch Kipp,[2]) auf die in allen Punkten verwiesen wird. Es ist also zur völligen Klarlegung des Rechtssinnes erforderlich, die in dem Worte „Rechtswirkung" liegend Bildersprache durch die wirklichen Begriffe selbst zu ersetzen, um die aus der üblichen Terminologie resultierende Fehlerquelle auszuschalten.

Von diesem Standpunkte aus betrachtet stellt sich die Übertragung von Rechten dar als der Eintritt von Tatsachen, die in einem Rechtssatz hypothetisch als Voraussetzungen des Überganges einer Rechtsposition auf einen andern enthalten sind. Der Übergang der Rechtsposition selbst ist nun auch weiter nichts als das Konkretwerden eines hypothetisch in einem Rechtssatze enthaltenden Tatbestandes, an den die Folge geknüpft ist, dass von einem bestimmten Zeitpunkte an die bisher auf den A anwendbaren Rechtssatze nunmehr auf den B anwendbar sein sollen. Bei dieser Darlegung zeigt sich, dass zum Übergang eines Rechtes die Verwirklichung der hypothetischen Tatbestände

[1]) Zuerst wurde dies richtig durch Schuppe erkannt und in seinem Aufsatz „Die metaphysisch-naturwissenschaftliche Richtung in der Jurisprudenz" (Gruchot Bd. 34 S. 801 ff.) dargelegt.

[2]) Die Doppelwirkungen im Recht in der Festschrift der Berliner juristischen Fakultät für Ferdinand v. Martitz zum 50 jährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911.

zweier verschiedener Rechtsätze erforderlich ist; Einmal desjenigen Rechtssatzes, aus dem das sog. Entstehen des Rechtes, und ferner desjenigen Rechtssatzes, aus dem der sog. Übergang des Reches erfolgt. Der Übergang eines Rechtes hat also zur Voraussetzung einen komplizierten Tatbestand, welcher rein zufällig nicht in einem, sondern in meheren Rechtsätzen enthalten ist, deren zusammentreffende Anwendbarkeit nötig ist. In welcher Reihenfolge zeitlich die Verwirklichung des Gesamttatbestandes geschehen muss, ist damit nicht gesagt. Der Übergang einer Kaufpreisforderung hat z. B. zur Voraussetzung:

1) dass A dem B gegen ein Entgelt von x einem Gegenstand y zu übereignen verspricht,

2) dass A mit B vereinbart, dass nicht A, sondern C von B das Entgelt x soll verlangen können.

Wenn man nun von diesem Gesichtspunkte aus die Rechtslage der sog. Übetragung eines Rechtes betrachtet, so zeigt sich, dass der Ausdruck „Übertragung" gar nicht vollkommen korrekt ist. Es braucht sich garnicht um die Übertragung einer bestehenden Rechtsposition zu handeln; es kann vielmehr von vornherein eine Vereinbarung des Inhalts getroffen werden, dass, falls nach gewöhnlichen Grundsätzen eine Rechtsposition der einen Partei entstehen würde, diese aus besonderen Momenten in einer anderen Person entstehen soll. Es ist also deswegen durchaus nicht erforderlich, dass zunächst der Tatbestand desjenigen Rechtssatzes konkretisiert wird, durch den das sog. Entstehen des Rechtes hervorgerufen wird, und zeitlich hierauf die Konkretisierung des Tatbestandes des Rechtssatzes folgt, der die sog. Übertragung enthält. Es kann vielmehr dieselbe Rechtsposition geschaffen werden, wenn beide Rechtssätze in umgekehrter Reihenfolge oder gleichzeitig anwendbar werden. Denn Voraussetzung für das Entstehen der letzteren Rechtsposition ist lediglich die Verwirklichung des Tatbestandes beider Rechtssätze, nämlich des Rechtssatzes, aus dem das Entstehen, und desjeni-

gen, aus welchem der Übergang des Rechtes folgt. — Damit lösen sich aber alle Schwierigkeiten. Die Übertragbarkeit künftiger Rechte im voraus kann hiernach überhaupt nicht mehr zweifelhaft sein. Dazu allerdings, das der Zessionar ein Recht erhält, ist auch die Verwirklichung des Tatbestandes desjenigen Rechtssatzes erforderlich, aus welchem das Recht entsteht. Ob dies aber vor oder nach der Zession erfolgt, ist mangels entgegenstehender Rechtssätze gleichgültig. Aus der Natur der Sache folgt es jedenfalls nicht.

Das alles gilt bei jeder Hypothek für künftige Forderungen. Ist die künftige Forderung übertragbar, dann muss es auch die künftige Gläubigerhypothek sein, d. h. die Hypothek, welche gegenwärtig nicht dem Gläubiger zusteht, kann trotzdem von diesem mit der künftigen Forderung übertragen werden. Denn die Hypothek als solche ist ja nur eine von der Forderung abhängige dingliche Sicherung derselben. Die Uebertragung wird wirksam mit der Entstehung der Forderung.

Die Uebertragung der Hypothek mit der Forderung geschieht, wenn es sich um eine Sicherungs- also Buchhypothek handelt durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch. Die Eintragung im Grundbuch stösst auf keine Schwierigkeiten, sobald man die Abtretbarkeit künftiger Forderungen überhaupt bejaht. Zur Eintragung ist lediglich Voraussetzung die grundbuchmässige Legitimation des Uebertragenden und dessen Einwilligung. Ob die Eintragung der Uebertragung sofort Wirksamkeit hat oder erst später erlangt, ist eine Frage, die vom Grundbuchrichter weder geprüft werden kann noch darf.[1]) Es steht dies auf demselben Boden wie die Eintragung einer Grundstücksbelastung als Hypothek, die als Grundschuld des Eigentümers entsteht. Die Eintragung einer Hypothek mit einer Forderung wurde, solange die Forderung nicht entsteht oder nicht besteht, in den obigen Ausführungen als ein nullum erkannt, nicht aber als ein

[1]) Gemäss dem schon mehrfach angeführten Konsenzprinzip vergl. z. B. § 2 und § 8 A. 2.

nihil[1]). Um die Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden: Das Uebertragungsgeschäft ist nicht nichtig, solange die Forderung nicht besteht, sondern unwirksam. Entsteht die Forderung, so entsteht sofort das Recht des Zessionars an der Forderung und damit an der Hypothek.

Eine weitere Schwierigkeit, die auch bei jeder Hypothek auftreten kann, ergibt sich für Teilabtretungen der Hypothek mit der Forderung in dem Falle, dass der Gesamtbetrag der Hypothekenforderungen den Hypothekenbetrag übersteigt.[2]) Die Frage ist dann, ob die beiden Teilhypotheken in ihrem Schicksal von der Eintragung ab gesondert werden oder dies nur solange geschieht, als sich die Rechte aus dem Teilbetrage der Hypothek bei verschiedenen Personen befinden, die zu einander nicht in einem Unterordnungsverhältnisse stehen. Nimmt man an, dass durch die Abtretung eines Teilbetrages der Forderung gesonderte Teilhypotheken entstehen, so ist dies ohne besondere Konsequenzen, wenn Hypothekenbetrag und Forderungsbetrag sich decken. Uebersteigt aber der Forderungsbetrag den Hypothekenbetrag, dann würde, falls der Eigentümer oder der Schuldner oder ein berechtigter Dritter einen Teil der Forderung zahlt, eine Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek nur insoweit entstehen, als der Gläubiger der Hypothek nicht zur Deckung der Forderung noch in vollem Umfange bedarf. Das ist das oben gefundene Resultat des Prinzipes der §§ 1176 etc.[3])

Trennen sich nun die Schicksale der Teilhypothek bei einer Teilabtretung einer derartigen Hypothek mit der Forderung, dann würden die Rechte des Gläubigers sehr erheblich beeinträchtigt werden, wenn z. B. der Gläubiger eine Gesamtforderung von 100 000 M. hat, die durch eine Hypothek von 50000 M. gesichert ist, und der Gläubiger von seiner Forderung 25 000 M. nebst der Hy-

[1]) Vergl. § 8.
[2]) Vergl. § 10.
[3]) § 11.

pothek abtritt. Denn dann würde er zur Sicherung seiner noch 75 000 M. betragenden Forderung nicht mehr eine Garantie von 50 %, sondern nur mehr von 33 1/3 % haben. Dies hat auch dann und insoweit seine Berechtigung, als der Zessionar oder dessen Rechtsnachfolger dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber den Vorrang geniessen muss, nicht aber insoweit der abgetretene Teil auf solche Personen übergeht, die nach §§ 1176 etc. nicht den Uebergang der Hypothek zum Nachteil des Gläubigers geltend machen können. Sollte es wirklich einen Unterschied machen, ob der Eigentümer direkt an den Gläubiger zahlt oder an dessen Zessionar? Durch diesen rein zufälligen Umstand kann der Eigentümer nicht gebessert werden. Die praktische Konsequenz ist: Die restlose Trennung der Hypothekenteile entspricht bei einer derartigen Hypothek nicht dem Sinne desjenigen Institutes, durch das die von der Forderung freiwerdende Hypothek dem Eigentümer oder Regresshypothekar zufällt. Konstruktionell ist nun allerdings zu sagen, dass die einmal vom Gläubiger abgetretene Teilhypothek nicht ohne weiteres an den Gläubiger zurückfallen kann. Die Gesetzesregeln lassen nicht die Uebertragung eines Teilbetrages der Hypothek oder der ganzen Hypothek dahin zu, dass die Hypothek an den Zedenten zurückfallen solle, wenn und insoweit der Zessionar wegen der zedierten Forderungen Befriedigung erlangt hat, ausser wenn dies als Sicherungszession[1]) besonders vereinbart ist. Aber auch ohne derartige Vereinbarung muss aus den oben erörterten Gründen gesagt werden, dass der Uebergang des zedierten Teilbetrages der Hypothek auf den Eigentümer oder Regresshypothekar nicht zum Nachteil des zedierenden Gläubigers geltend gemacht werden kann. Das letztere genügt aber, um dem Gläubiger trotz der Zession die ursprüngliche Rechtsposition zu erhalten. Steht zwar ein Teilbetrag der Hypothek dem Eigentümer oder Regresshypothekar formell

[1]) Durch Befriedigung des Zessionars resolutiv bedingte Zession.

zu, kann aber dieses formelle Zustehen nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden, so ist der praktische Erfolg dennoch der gleiche, wie wenn konstruktionell dem ursprünglichen Gläubiger derjenige Hypothekenteil wieder anfallen würde, wenn und insoweit dieser Hypothekenteil nicht mehr einem Dritten zusteht, dessen Rechtsstellung durch das Prinzip der §§ 1176 etc. berührt werden kann.

Alle diese Erörterungen gelten ebensogut für die Maximalhypothek wie für jede andere Hypothek; bei ihr werden nur besonders oft die geschilderten Schwierigkeiten in Betracht kommen. Als Resultat ist somit hier zu bemerken, dass es bei der Maximalhypothek möglich ist, die Gläubigerhypothek ohne Rücksicht auf das jeweilige Bestehen der Forderung auf dritte Personen mit der Massgabe zu übertragen, dass die Uebertragung mit der Entstehung der Forderung wirksam wird. Das fernere Ergebnis ist dahin wiederzugeben, dass die Uebertragung der Maximalhypothek mit der Forderung auf die Rechtsstellung des ursprünglichen Gläubigers in Ansehung der Hypothek keinen Einfluss hat, wenn und insoweit der übertragene Teil der Hypothek kraft Gesetzes dem Eigentümer, Schuldner oder Drittzahlenden zufällt.

Insoweit die Maximalhypothek ohne Aenderung ihrer Bestellungsweise übertragen wird, ist auch der abgetretene Teil eine Maximalhypothek[1]). Denn das Wesen der Maximalhypothek liegt in der Art ihrer Bestellung. Der abgetretene Teil war aber als Maximalhypothek bestellt; daran kann die Uebertragung, die nur einen Gläubigerwechsel bedeutet, nichts ändern; das Charakteristikum der Hypothek als Maximalhypothek ist einmal begründet und kann nur durch Umwandlung

[1]) So auch z. B. Biermann III S. 616 zu § 1190 A. 4 c; Goldmann-Lilienthal S. 608 § 81 II 3. Anm. 68; Fuchs S. 624 zu § 1190 Anm. 20; Güthe II S. 1704 4 a, β α α. Abweichend Planck III S. 714 zu § 1190 A 3 b, der für den Fall der Abtretung bestimmter Einzelforderung eine Verwandlung der Maximalhypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek annimmt.

beseitigt werden. Wird die Maximalhypothek unter Umwandlung eines Teils in eine Hypothek mit bestimmter Forderung zu einem Teil abgetreten, so ist die Rechtslage allerdings eine andere. Dann sind in der Tat unter Mitwirkung des Grundstückseigentümers zwei in ihrem Wesen verschiedene Hypotheken entstanden und dann ist es auch berechtigt, beide Teile vollkommen gesondert zu behandeln. Hier kommt also, insoweit die umgewandelte abgetretene Teilhypothek in eine Regresshypothek oder Eigentümergrundschuld übergeht, die Vorschrift der §§ 1176 etc. BGB. gegenüber dem Gläubiger der Resthypothek nicht in Frage.

---

3. Abschnitt.

Die Umwandlung der Maximalhypothek.

§ 19.

Die Maximalhypothek kann nicht nur, wie im anderen Zusammenhange gezeigt, in eine Grundschuld[1]) und dementsprechend auch in eine Rentenschuld[2]), sondern auch in eine Hypothek mit bestimmter Forderungsangabe umgewandelt werden. Dies geschieht unter Abänderung der Bestellungsform des § 1190 BGB in die des § 1113 BGB.[3]) Die Maximalhypothek wird dadurch zur gewöhnlichen Sicherungshypothek oder zur Verkehrshypothek, und kann als letztere sowohl Brief- als auch Buchhypothek sein. Das Gesetz ordnet die Möglichkeit der Umwandlung in § 1186 BGB. an. Dass dieser Paragraph auf die Maximalhypothek Anwendung findet, unterliegt keinem Zweifel: § 1190 Abs. III BGB. bestimmt ausdrücklich die Maximalhypothek als Sicherungshypothek. Wenn, wie gezeigt,[4]) die Maximalhypothek auch kein Unterfall der nach § 1184 BGB. bestellten Hypothek ist, so finden doch durch die betreffende Vorschrift bei

---

[1]) § 1198 BGB.
[2]) § 1203 BGB.
[3]) § 1184 ist in dieser Beziehung nur ein Unterfall von § 1113 BGB.
[4]) Vergl. § 3.

der Maximalhypothek die Regeln der Sicherungshypothek auf sie Anwendung.

Eine solche Umwandlung kann jederzeit[1]) von den Parteien vereinbart werden. Das einzige Begrifferfordernis einer Umwandlung ist, dass die Beteiligten einen bestimmten Betrag für die Forderung der umzuwandelnden Hypothek angeben, da die Bestimmtheit des Betrages bei einer Verkehrs- oder einer gewöhnlichen Sicherungshypothek unterlässlich ist. Durch die Umwandlung kann eine Aenderung des Betrages der Grundstücksbelastung nicht herbeigeführt werden mit der Ausnahme, dass gemäss § 1119 BGB. ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden dinglich Berechtigten Zinsen bis zu 5 vom Hundert vom früheren Höchstbetrage vom Tage der Umwandlung der Maximalhypothek in eine Hypothek mit bestimmter Forderung eingetragen werden können. Denn die neue Hypothek ist sonst unverzinslich mangels einer Zinseintragung, wenn auch der umgewandelte Betrag der Maximalhypothek die Zinsen bis zu dem Zeitpunkte der Umwandlung einschloss.[2])[3]) Erreicht aber der Betrag der neuen Hypothek den Höchstbetrag der Maximalhypothek nicht, so ist zu unterscheiden, ob der Vorbehalt der Feststellung der Forderung schon erfüllt

---

[1]) Also auch vor der Feststellung, so z. B. Staudinger III S. 961 zu § 1190, Anm. 8 c; Planck III S. 718 zu § 1190 Anm. 6; Gierke II S. 908 § 163 III und Anm. 49; Goldmann-Lilienthal II S. 603 § 81 II, 1 Anm. 47. Ferner das RG. vom 5. 3. 05 in JW. 05 No. 17 S. 291 und 8. 3. 05 im Recht 05 No. 1141. Dagegen Biermann III S. 618 zu § 1190 Anm. 7; Güthe II S. 1707, 7 b und Hachenburg S. 599, der eine Umwandlung nur nach endgültiger Feststellung durch Anmeldung der fixierten Forderung zulässt.

[2]) So z. B. Biermann III S. 618 zu § 1190 Anm. 7; Staudinger III S 961 zu § 1190 Anm 8 d; Achilles-Strecker S. 89/90 § 10 III b; Oberneck S. 416 § 158, 10; ferner das RG. z. B. 5. 3. 05 in JW. 05 No. 17 S. 291 und das KG. z. B. 26. 10. 05 in KGJ. Bd. 31 S. A 341 und 26. 9. 10 in KGJ. Bd. 40 S. A. 321.

[3]) Früher fällig gewordene Zinsen können bei der Umwandlung der Maximalhypothek in eine Hypothek mit festem Betrage in Höhe des Höchstbetrages nicht eingetragen werden, da sonst eine Kapitalserhöhung vorliegen würde, die auch mit Zustimmung der nachstehenden Realberechtigten unzulässig sein würde. So z. B. KG. 30. 12. 12 in KGJ. Bd. 44 S. A. 330: Die Sicherung schon vor der Umwandlung fällig gewordenen Zinsen kann nur durch eine neue Hypothek erfolgen.

ist oder nicht. Nach der Feststellung in dem Sinne, dass festgestellt wird, dass Gläubigerforderungen nicht mehr entstehen können, fällt gemäss § 1163 BGB. der den Betrag der neuen Hypothek überschiessende Teil des Höchstbetrages der Maximalhypothek dem Eigentümer als vollwirksame Grundschuld zu.[1]) Ebenso auch wenn die Umwandlung zwar vor der Feststellung geschieht, sich aber auf die ganze Hypothek insofern erstreckt, als zu sichernde Forderungen nach der Umwandlung gemäss Parteiabrede nicht mehr entstehen sollen. Sonst liegt bei einer Umwandlung in eine hinter dem Höchstbetrage zurückbleibende Hypothek vor der Feststellung nur eine Teilumwandlung vor, wenn für den nicht umgewandelten Restbetrag der Maximalhypothek noch Gläubigerforderungen entstehen können. In solchen Fällen scheidet die umgewandelte Teilhypothek aus dem Höchstbetrage der Maximalhypothek aus, und der Rest der Maximalhypothek bleibt, so weit Forderungen des Gläubigers bestehen, Gläubigerhypothek; soweit keine Gläubigerforderungen bestehen, wird er Eigentümergrundschuld bezw. Regresshypothek, deren Geltendmachung im Wege des Berichtigungsanspruches jedoch durch die aus dem obligatorischen Hypothekenvorvertrage folgende Einrede des Gläubigers gehemmt ist, sodass sie, wie schon häufiger gezeigt[2]), den Verfügungen des Eigentümers entzogen ist.

Die Umwandlung geschieht nach den allgemeinen Regeln (§§ 873 ff.), da es sich um eine Inhaltsänderung der Hypothek handelt (§ 877 BGB.)[3]) Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Umwandlung besteht auch bei der Maximalhypothek nicht, da sie nicht durch das Gesetz vorgeschrieben ist. Nur durch einen obligatorischen Vertrag kann eine solche Verpflichtung begründet werden. Dass die Zustimmung der anderen Realberechtigten nicht erforderlich zur Umwandlung ist, folgt aus der

---

[1]) Der Berichtigungsanspruch ist dann nicht einredebehaftet.
[2]) Vergl. § 8.
[3]) Dies betont u. a. Badstübner in Seuff. Bl. f. R. A. 03 No. 8 S. 27 ff.

dargelegten unbedingten Belastung des Grundstücks im Höchstbetrage. Soweit obligatorische Ansprüche auf Mitwirkung zur Umwandlung bestehen, und dies ist sowohl zu Gunsten des Gläubigers wie zu Gunsten des Eigentümers möglich, können diese durch Vormerkungen gesichert werden (§ 883 BGB.).

4. Abschnitt.

Die Forderungsauswechselung bei der Maximalhypothek.

§ 20.

Soll bei einer Hypothek für eine bestimmte Forderung die gesicherte Forderung durch eine andere ersetzt werden, ist dies zwar möglich, aber gemäss § 1180 nur durch einen grundbuchmässigen Vorgang. Es ist die Einigung des Gläubigers und Eigentümers so wie eine entsprechende Eintragung dazu erforderlich. Dies kann in der Weise geschehen, dass Gläubiger und Schuldner dieselben Personen bleiben, und nur vereinbart wird, dass durch die Hypothek eine andere Forderung gesichert werden soll. In solchem Falle, wo es sich um die Auswechselungen der Forderungen desselben Hypothekengläubigers handelt, wird vielfach angenommen[1]), dass die Rechtslage bei der Maximalhypothek eine besondere ist und zwar dann, wenn die Maximalhypothek für die sämtlichen Forderungen eines Gläubigers bestellt ist und diese den Höchstbetrag übersteigen. Hier soll der Hypothekengläubiger ein Wahlrecht haben dahin, dass er bestimmen kann, welche Forderungen durch den Höchstbetrag der Maximalhypothek gesichert sein sollen und welche nicht. Dies ist jedoch unrichtig. Nicht die einzelnen Forderungen, sondern alle Forderungen des Gläubigers in ihrer Gesamtheit sollen durch die Hypothekenbestellung gesichert

[1]) So z. B. Crome S. 799 zu § 484, 3 c; Dernburg S. 809 § 248 IV 4; Turnau-Förster S. 1021 zu § 1190 Anm. 8; Staudinger S. 594 zu § 1190 Anm. 3 b; Biermann S. 617/18 zu § 1190 Anm. 6. Richtig dagegen OLG. Posen 11. 11. 07.

werden, allerdings unter Beschränkung der Haftung des Grundstücks auf den Höchstbetrag. Folglich kann eine Auswechselung von Forderungen, da ja alle gesichert sind, nicht in Betracht kommen. Uebersteigen die Forderungen des Gläubigers den Höchstbetrag, so ist dieselbe Rechtslage für den den Höchstbetrag übersteigenden Teil der Gesamtforderungen gegeben, wie wenn bei einer Hypothek mit festem Forderungsbetrage die Forderung im Zwangsversteigerungsverfahren teilweise nicht zur Hebung gelangt ist, d. h. der Anspruch in dieser Höhe von nun an ohne dingliche Sicherung fortbesteht. Verschieden davon ist die Frage, auf welche Forderungen der etwaige Versteigerungserlös anzurechnen ist. Dies ist aber keine der Maximalhypothek eigentümliche Frage: Dieselbe Frage finden wir bei einer Hypothek mit festem Forderungsbetrage als Teilgarantie für die den Hypothekenbetrag übersteigende Forderung.

Nur wenn die Maximalhypothek für Forderungen aus einem bestimmten Grundverhältnis bestellt ist, kann eine Auswechselung der Forderung im eigentlichen Sinne in Frage kommen. Es kann dann die durch die Maximalhypothek gewährte Sicherung für Forderungen aus einem anderen Grundverhältnis ausgewechselt werden. Ein derartiger Vorgang bedarf aber des gleichen Verfahrens wie die Auswechselung einer Forderung bei einer nach § 1113 bestellten Hypothek. Anderer Ansicht müssen freilich die sein, welche die Angaben des Grundverhältnisses im Grundbuch als überflüssig oder sogar als unzulässig bezeichnen. Denn dann wäre die Angabe eines Grundverhältnisses höchstens eine rechtsunerhebliche demonstratio und der Satz: falsa demonstratio non nocet müsste Geltung haben. Aber diese Meinung ist schon vorher widerlegt[1]) worden.

Ferner möglich ist bei der Maximalhypothek wie bei jeder anderen Hypothek ein Forderungsumtausch mit einem Personenwechsel des Gläubigers. Hierzu ist die Zustimmung des alten Gläubigers erforderlich. Bei

[1]) Vergl. § 16.

der Auswechselung der Forderung ist aber auch ein Schuldnerwechsel zulässig, wenn Schuldner und Grundstückseigentümer auseinanderfallen. Denkbar ist ferner, dass die Forderungsauswechselung nicht in vollem Betrage der Hypothek, sondern nur teilweise geschieht. Infolge dieser Auswechselungsmöglichkeiten muss es auch zulässig sein, dass neben den Forderungen des alten auch noch die Forderungen eines neuen Grundverhältnisses oder sogar sämtliche Forderungen des Gläubigers durch die Sicherung der Maximalhypothek gedeckt werden sollen. Dies ist keine der Maximalhypothek eigentümliche Rechtsmöglichkeit. Ebenso ist es bei einer Hypothek mit bestimmter Forderung denkbar, dass die ursprünglich gesicherte Forderung bestehen bleibt und gleichzeitig noch eine andere Forderung durch die Hypothek gesichert werden soll. Es bietet sich dann dasselbe Bild wie wenn an Stelle der ursprünglichen, dem Betrag der Hypothek entsprechenden, Forderung eine neue den Hypothekenbetrag übersteigende Forderung gesetzt wird: die Hypothek bildet nur eine dingliche Teilgarantie für die gesicherten Forderungen.

---

5. Abschnitt.

Die Übertragung der Forderung ohne die Maximalhypothek.

§ 21.

Im Gegensatz zu anderen Hypotheken ist, wie schon im Allgemeinen Teile [1]) erörtert, die Übertragung der durch die Hypothek gesicherten Forderungen ohne die Maximalhypothek möglich. Es besteht kein Anlass, die Anwenbarkeit der Vorschrift des § 1190 Abs. IV BGB. nicht sowohl bei der Übertragung sämtlicher durch die Hypothek gesicherten Forderungen als auch bei der Übertragung einzelner Forderungen anzunehmen. [2])

[1]) vergl, § 5.

[2]) So mit Recht Komm. RGR. Bd. I S. 1141 zu § 1190 Anm. 5; Staudinger III S. 952 zu § 1190 Anm. 4 b α; Dernburg S. 809.

Ebensowenig bietet das Gesetz einen Anhalt dafür, dass die Übertragung gemäss § 1190 Abs. IV nur vor der Festellung zulässig ist.[1]) Denn die Feststellung ist, wie gezeigt, ohne jeden Einfluss auf die Maximalhypothek selbst. Insoweit die Forderung ohne die Hypothek übertragen wird, tritt ein Fall der Loslösung der Forderung von der Hypothek ein, ein Fall, der in Ansehung der Hypothek mit dem Untergang der Forderung gleichwertig ist. Es muss daher bei der Uebertragung der Forderung ohne die Hypothek dasselbe gelten wie beim Untergang der Forderung: die Maximalhypothek wird in Höhe der betreffenden Forderung Eigentümergrundschuld, deren Geltendmachung aber die Einrede des Gläubigers aus dem pactum de hypothecando entgegensteht.[2])

Anders ist natürlich die Rechtslage zu beurteilen, wenn die gesammten Forderungen des Gläubigers den Höchstbetrag der Maximalhypothek übersteigen und der ohne die Hypothek abgetretene Forderungsteil nicht grösser ist als der Überschuss des Forderungsbetrages

---

§ 243 IV 5 Anm. 13; Predari S. 147 § 10 B 10 II und das RG. 9. 11. 11 im Recht 1912 No. 66 sowie das KG. 3. 5. 06 in RJA. Bd. 7 S. 231.

Dass § 1190 Abs. IV nur für Einzelforderungen anwendbar sei, nehmen an Biermann III S. 617 zu § 1190 Anm. 5 b; Hachenburg S. 600; Oberneck II S. 414 § 158 No. 9; Endemann II, 1 S. 882 § 131 4 Anm. 19; Willenbücher S. 256 zu § 1190 Anm. 8.

[1]) Derselben Ansicht Motive III S. 768 § 1129 und z. B. Enneccerus-Kipp-Wolff II, 1 S. 556 § 153, 6, dagegen Güthe II S. 1705, 4 b α und Biermann III S. 617 zu § 1190 Anm. 5 c.

[2]) Vergl. § 8. Ebenso Enneccerus-Kipp-Wolff II. 1 S. 555 § 153 IV 2. Zu demselben Resultat gelangen auch: Goldmann-Lilienthal II S. 607 § 81 II, 3 und Anm. 67 infolge der Theorie der Rückwirkung und Rathenau, Arch. f. b. R. Bd. 17 S. 209 ff., der dem Eigentümer die peremtorische Einrede aus § 1169 BCB. gewährt. Dieser erklärt deshalb § 1190 Abs IV für praktisch unbrauchbar, weil er die Gläubigerstellung verschlechtere: Der neue Gläubiger erwirbt die Hypothek nicht und der alte muss auf sie verzichten. Die Anhänger der Theorie, dass die Maximalhypothek stets bis zur Feststellung dem Gläubiger zustehe, müssen hingegen zu dem Ergebnis gelangen dass der gemäss § 1190 Abs. IV von der Forderung frei werdende Hypothekenteil beim alten Gläubiger verbleibe; so auch z. B. Staudinger III zu § 1190 Anm. 4 b. α S. 955; Matthias S. 183 § 65 V B 2; Boethge in Gruchot Bd. 45 S. 187; Biermann III S. 617 zu § 1190 Anm. 5 b; Fuchs S. 624 zu § 1190 Anm. 19.

über den Maximalhypothekenbetrag: Dann bleibt die Maximalhypothek in voller Höhe Gläubigerhypothek.

6. Abschnitt.
Rangstellung und Vormerkung bei der Maximalhypothek.

§ 22.

Der Rang der Maximalhypothek zu anderen Grundstücksbelastungen bestimmt sich nach gewöhnlichen Vorschriften. Für die Rangstellung der nachfolgenden dinglichen Berechtigten ist aus oben angegebenen Gründen der Höchstbetrag massgebend, nicht etwa die Beteiligung des Gläubigers an der Hypothek.[1]) Eine Besonderheit der Maximalhypothek bezüglich des Ranges besteht nur in Einrechnung von Zinsen und Nebenleistungen insoweit, als kein Unterschied zwischen länger als 2 Jahre rückständigen Zinsen und anderen rückständigen Zinsen zu machen ist.[2])

Die Rangsicherung durch Vormerkung eines obligatorischen Anspruches auf Einräumung einer Maximalhypothek ist ebenso möglich wie bei jeder anderen Hypothek. Auch eine Rangänderung geschieht bei der Maximalhypothek nach allgemeinen Grundsätzen; eine solche ist auch wie sonst innerhalb einzelner Teile der Maximalhypothek möglich.

Als Besonderheit kann hier nur die Möglichkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines obligatorischen Anspruches auf Umwandlung der Maximalhypothek in eine Hypothek mit fest bestimmter Forderung erwähnt werden. Eine derartige Vormerkung ist zulässig, da es sich hier um den Anspruch auf Aenderung eines dinglichen Rechtes am Grundstück handelt.[3])

Ebenfalls möglich ist eine Vormerkung auf Löschung der Maximalhypothek und zwar auch in ihrem praktisch häufigsten Falle: zur Sicherung eines An-

[1]) Vergl. § 2.
[2]) Vergl. § 26
[3]) Vergl. § 19.

spruches eines rangspäteren Realberechtigten gegen den Eigentümer, wenn und insoweit sich die Maximalhypothek mit dem Eigentum vereinigt. Hierbei tritt allerdings eine gewisse Schwierigkeit insofern auf, als nach dem hier vetretenen Standpunkte eine Eigentümergrundschuld oder -Hypothek stets insoweit besteht, als jeweils der Höchstbetrag nicht durch Gläubigerforderungen ausgefüllt wird und nicht etwa Regresshypotheken nach gesetzlicher Vorschrift in der Hand von Dritten entstanden sind. Hier kann — übrigens auch bei jeder anderen Hypothek für künftige Forderungen — die Frage auftauchen, ob die Entstehung weiterer Forderungen nach der Eintragung der Löschungsvormerkung nicht eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers über seine Eigentümerrechte in Ansehung der Hypothek darstellt, die gemäss § 883 BGB. dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam, dem Gläubiger gegenüber vom Vorgemerkten gemäss § 888 oder § 894 zu verfolgen sind. Dies ist aber nicht der Fall: Die Sicherung durch die Vormerkung kann niemals weiter gehen als die Rechtslage bei dinglicher Verwirklichung des vorgemerkten Rechtes. Da nun, wie gezeigt, der Übergang der Gläubigerrechte oder das ursprüngliche Bestehen von Rechten, die dem Gläubiger nach dem Inhalt der Rechte zufallen sollen, niemals zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, würde dieser Grundsatz der §§ 1176 etc.[1]) BGB auch gegenüber demjenigen durchgreifen, der vom Eigentümer dessen so gestaltete Rechte erworben hat. Damit ist aber gesagt, dass auch die dingliche Wirkung der Löschungsvormerkung nicht geltend gemacht werden kann, soweit daraus eine Benachteiligung der Gläubigerrechte folgen würde. Mit anderen Worten: Das Entstehen weiterer der Maximalhypothek unterfallender Forderungen und die daraus notwendig sich ergebende Konsequenz der Umwandelung der Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek in

[1]) Vergl. § 11.

eine Gläubigerhypothek werden nicht gehindert durch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruches einer dritten Person auf Löschung der Maximalhypothek, wenn und insoweit sich das Recht aus der Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt.

II. Kapitel.

Das formelle Recht.

1. Abschnitt.

Die Geltendmachung der Maximalhypothek:

I. Insoweit sie Gläubigerhypothek ist.

a) Im Zivilprozess.

§ 23.

Bei der Geltendmachung der Maximalhypothek, soweit sie Gläubigerhypothek ist muss zunächst beachtet werden, dass es sich bei der Maximalhypothek kraft gesetzlicher Vorschrift um eine Sicherungshypothek handelt. Es bedarf daher bei der Geltendmachung der Maximalhypotheken im Zivilprozess, falls der Grundstückseigentümer das Bestehen der Gläubigerforderungen bestreitet, einer besonderen Darlegung derjenigen Tatsachen, aus welchen das Entstehen der Maximalhypothekenforderung gefolgert werden soll. Dies bedeutet aber bei der Maximalhypothek noch mehr als bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek: Da bei der Maximalhypothek eine Forderung aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, ist zur Schlüssigkeit der Hypothekenklage ferner erforderlich, dass diejenigen Tatsachen vorgebracht werden, aus denen das Entstehen der Forderung hervorgeht, für die das Grundstück in Anspruch genommen wird. Bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek genügt hingegen zur Schlüssigkeit der Hypothekenklage der Hinweis auf die Hypothekeneintragung, weil aus dieser die behauptete Forderung

hervorgeht. Denn die gewöhnliche Sicherungshypothek ist betr. die bestimmte Angabe der Forderung nur ein Unterfall von § 1113 BGB.

Der Unterschied zwischen der Verkehrshypothek und der Sicherungshypothek liegt in prozessualer Beziehung nicht in dem notwendigen Klagevortrag, sondern in der Vermutung, dass die eingetragene Forderung besteht. Dies ist eine Rechtvermutung, und nicht damit zu verwechseln ist, dass etwa lediglich die Beweislast wie bei einer Tatsachenvermutung umgedreht wird. Diese Rechtsvermutung hat zur Folge, dass bei der Verkehrshypothek der Eigentümer als Beklagter nicht Klagebehauptungen zu bestreiten, sondern selbstständige Behauptungen aufstellen und im Streitfalle zu beweisen hat, aus denen das Nichtbestehen[1]) der Forderung sich ergibt. Gegenüber der Klage aus einer Verkehrshypothek bedeutet also das Bestreiten derjenigen Tatsachen seitens des Beklagten, aus denen die Hypothekenforderung entstanden sein soll, dass Vorbringen von Tatsachen, durch welche die Rechtsvermutung des Bestehens der Forderung beseitigt werden soll. Ein derartiges Bestreiten des Beklagten würde aber nicht genügen: zur Entkräftung der Rechtsvermutung muss der Beklagte noch ferner behaupten, dass bis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung keine Tatsachen eingetreten sind, aus denen die Forderung entstanden sein könnte. Will der Kläger dies bestreiten, so kann er dies nur in gehöriger Form, d. h. substanziiert durch Anführung von Tatsachen, aus denen das Entstehen der Forderung sich ergibt. Hier folgt aus der Rechtsvermutung jedenfalls die Beweislast dahin, dass der Beklagte den Nichteintritt der vom Kläger behaupteten Tatsache zu beweisen hat.[2])

---

[1]) Und zwar sowohl das Nichtentstandensein wie auch der eventuelle Untergang.

[2]) Für alles Vorstehende wird auf Kuttner „Rechtsvermutung aus Akten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit" in Jehrings Jahrb. Bd. 61 S. 109 ff. verwiesen.

Bei der Sicherungshypothek liegt die Sache aber anders: Es wird nicht vermutet, dass die Forderung besteht. Die Rechtsvermutung der Verkehrshypothek fällt fort. Infolgedessen bedarf es bei der Sicherungshypothek der Anführung von Tatsachen, aus denen das Entstehen der Forderung folgt. Es genügt bezüglich des Nachweises des Bestehens der Forderung nicht die Berufung auf die Eintragung: denn es heisst ausdrücklich in § 1184, dass der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Dies ist allerdings eine schiefe Ausdrucksweise des Gesetzes. Eine Forderung kann bei der Hypothek durch die Eintragung sinngemäss nicht bewiesen werden: eine Forderung ist keine Tatsache, sondern ein Rechtsverhältnis und als solches im Zivilprozess weder des Beweises fähig noch bedürftig. Der Sinn der Vorschrift ist nach obigen Ausführungen vielmehr der, dass bei der Sicherungshypothek das Bestehen einer Forderung trotz der Eintragung nicht vermutet wird, d. h. also, dass die Eintragung den Kläger nicht der Behauptungslast enthebt. Deutlicher und korrekter wäre das Gesetz daher, wenn es im § 1184 BGB. bestimmte, dass auf das Bestehen der Forderung nicht aus der Eintragung geschlossen werden kann.[1]) Die Folge dieses Unterschiedes zwischen Verkehrs- und Sicherungshypothek ist daher die, dass bei der Sicherungshypothek zur Schlüssigkeit der Klage die Behauptung von Tatsachen gehört, aus denen das Entstehen der Forderung gefolgert werden kann. Zur Behauptung der Forderung genügt die Berufung auf den Inhalt der Eintragung. Bestreitet der beklagte Grundstückseigentümer die Richtigkeit der Grundbucheintragung in Ansehung der Forderung bei einer Sicherungshypothek, so ist dies hier ein einfaches Bestreiten und der Kläger ist beweispflichtig. Der Besteller braucht auch in diesem Falle das Nichtentstehen der Forderung nicht zu behaupten. Der Behauptungslast, dass die

[1]) Im Gegensatz zu § 892 BGB.

Forderung entstanden sei, genügt aber praktisch der Kläger dadurch, dass er sich auf den Inhalt[1]) der Eintragung, die ja die Forderung bezeichnen muss, so weit nicht ausnahmesweise die Sicherungshypothek für eine künftige oder suspensiv bedingte Forderung eingetragen ist, beruft.

Bei der Geltendmachung der Maximalhypothek ist aber, wie schon eingangs erwähnt, mehr erforderlich. Hier muss der klagende Hypothekengläubiger in der Klage nicht nur auf den Inhalt der Eintragung der Hypothek sowie das bei der Eintragung eventl. bezeichnete Rechtsverhältnis Bezug nehmen, sondern er muss ausserdem von vornherein Tatsachen vorbringen, aus denen das Entstehen der Forderung gefolgert werden kann, da begrifflich die Eintragung der Maximalhypothek bestimmte Forderungen nicht angibt. Im übrigen ist die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast dieselbe wie bei der Geltendmachung einer anderen Sicherungshypothek.

Die Geltendmachung der Maximalhypothek, insoweit sie Gläubigerhypothek ist

b) bei vertraglicher Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.

§ 24.

Der praktische Erfolg, der durch die prozessuale Geltendmachung jeder Hypothek erreicht werden soll, ist die Schaffung eines Vollstreckungsurteils, d. h. eines geeigneten Titels, aus welchem die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben werden kann, und zwar auf Grund eines Rechtes am Grundstück. Bei jeder Hypothek mit Ausnahme der Maximalhypothek lässt sich der dingliche Vollstreckungstitel durch eine sogenannte guarantierte Urkunde ersetzen, aus welcher gemäss § 800 ZPO. die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer möglich ist.

[1]) Bei der Verkehrshypothek dagegen genügt die Berufung auf die Tatsache der Eintragung.

In einer garantierten Urkunde gemäss § 794 Z. 5 ZPO. muss die Forderung, wegen deren die Zwangsvollstreckung erfolgen soll, bestimmt nach Grund, Betrag Schuldner und Gläubiger angegeben sein. Hier interessiert nur die Zwangsvollstreckung wegen einer derartigen Forderung aus der Hypothek. Die Besonderheit der Maximalhypothek ist nun, wie gezeigt, darin zu suchen, dass bei ihrer Bestellung eine derartig bestimmte Forderung nicht angegeben ist. Dies schliesst aber keineswegs aus, dass in einer von der Maximalhypothekenbestellung unabhängigen gerichtlichen oder notariellen Urkunde der Eigentümer sich der Zwangsvollstreckung aus der Maximalhypothek unterwirft, wofern nur in dieser Urkunde eine bestimmte Forderung angegeben ist, wegen der die Zwangsvollstreckung erfolgen soll[1]). Weiter ist nichts nötig. Insbesondere ist die vertragliche Vereinbarung über die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einer der in § 794 Z. 5 ZPO. bezeichneten Urkunden nur in der Wirksamkeit, nicht aber in ihrer materiellen Gültigkeit vom Bestande der Forderung abhängig.[2]) Begrifflich setzt die Zwangsvollstreckung einen Anspruch voraus, wegen dessen sie erfolgt. Eine Zwangsvollstreckung, die erfolgen würde, ohne dass ein Anspruch besteht, wäre unstatthaft. Dies hat jedoch nichts mit der Frage

[1]) Die Errichtung dieser Urkunde kann wie bei jeder anderen Hypothek nach der Hypothekenbestellung erfolgen oder im Zusammenhang mit der Hypothekenbestellung oder auch schon vorher. Es handelt sich dann wirtschaftlich besprochen garnicht um eine Maximalhypothek, wenn die Parteien sich der juristischen Form derselben bedienen. Zulässig ist aber auch, dass die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung aus der Maximalhypothek für eine bestimmte Forderung erfolgt, während im übrigen der Kreis der durch die Maximalhypothek gesicherten Forderungen unbestimmt bleibt. Die Gegner dieser Ansicht (so z. B. Gaup-Stein II S. 556 zu § 794 Anm. VII, 2 und Seuffert II S. 472 zu § 794 Anm. 7 c), welche die vertragliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei der Maximalhypothek überhaupt für ausgeschlossen halten, übersehen, dass das Wesen der Maximalhypothek nicht in der durch die Maximalhypothek zu sichernden Forderung, sondern in der Bestellungsweise liegt, und dass es bei einer Maximalhypothek jederzeit möglich ist, dass sie bestimmte gegenwärtige Forderungen sichert.

[2]) Im Gegensatz zu Gaup-Stein und Seuffert a. a. O.

zu tun, ob die formellen Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung geschaffen werden können, ohne dass diese materiell begründet ist[1]). Nach § 794 Z. 5 ist zur gültigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nur nötig die Aufnahme einer Urkunde in gehöriger Form über einen Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat". Dieser allgemeine Wortlaut lässt vielerlei Möglichkeiten offen, insbesondere ist es hiernach nicht notwendig, dass die Forderung der Urkunde schon fällig ist, oder dass sie in ihrem Bestande unbedingt ist[2]), oder dass sie überhaupt schon entstanden ist[3])[4]) Condicio iuris der materiellen Begründetheit, ist in der Tat der Bestand einer fälligen Forderung zurzeit der Zwangsvollstrekkung. Die formelle Möglichkeit der Zwangsvollstreckung hängt aber nicht von ihrer materiellen Begründetheit ab.

[1]) Ein Fall, der, falls es sich um Vollstreckungstitel in Gestalt von Urteilen handelt, garnicht bezweifelt wird und jedesmal dann auftritt, wenn die Rechtslage des § 767 ZPO. vorliegt oder es sich um ein vorläufig vollstreckbares Urteil — z. B. ein Versäumnisurteil — handelt, das materiell unbegründet ist. In allen diesen Fällen ist die Zwangsvollstreckung, die ja nur auf Grund des Titels erfolgt, durchaus möglich — wenn auch der Schuldener ihr mit Rechtsmitteln begegnen kann —, ohne dass eine Forderung materiell besteht, wegen deren angegebenermassen die Zwangsvollstreckung erfolgt. Es ist durchaus nicht einzusehen, weshalb diese allgemeinen Grundsätze nicht auch bei einer guarantierten Urkunde Platz greifen sollten.

[2]) Auch wegen bedingter Forderungen kann man sich der Zwangsvollstreckung unterwerfen und zwar nicht nur wegen resolutiv bedingter, sondern auch wegen suspensiv bedingter, wie allgemein anerkannt ist; vgl. Gaup-Stein und Seuffert a. a. O.

[3]) Im Gegensatz zur herrschenden Meinung, z. B. Gaup-Stein und Seuffert a. a. O, welche nicht nur verkennen, dass die Vollstreckungsklausel bei einer Maximalhypothek wegen gegenwärtiger bestimmter Forderungen vereinbart werden kann, sondern auch, dass das Gegenwärtigsein für die Gültigkeit der Vereinbarung über die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung garnicht erforderlich ist.

[4]) Der häufig gebrauchte Ausdruck „Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung" ist schief und passt bei den 3 genannten Fällen nicht. Richtiger ist es zu sagen „sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung" d. h. Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ohne voraufgegangenen Prozess.

Schon dieser Gesichtspunkt allein beweist, dass die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, also in erster Linie der Vollstreckungstitel, geschaffen werden können, ohne dass zurzeit der Entstehung des Titels bereits die materielle Begründetheit der Zwangsvollstreckung auf Grund des Titels gegeben zu sein braucht. Deshalb ist es auch sehr gut möglich, einen Vollstreckungstitel gemäss § 794 Z. 5 ZPO. vertraglich für eine künftige Forderung im voraus zu schaffen. Selbstverständlich ist hierbei, dass dann die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel nur erfolgen darf, wenn die Forderung, wegen der die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung vereinbart ist, entstanden ist. Genau so wie bei einer noch nicht fälligen Forderung die Zwangsvollstreckung aus der guarantierten Urkunde erst erfolgen darf, wenn die die Fälligkeit begründenden Umstände eingetreten sind. Dies alles kommt dahin praktisch zum Ausbruch, dass begrifflich die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel von dem Bestande einer fälligen Forderung abhängig ist. Doch ist gerade hier von der Praxis anerkannt, dass, soweit der Vollstreckungstitel auf vertraglicher Vereinbarung beruht, also in einem Prozessvergleich[1]) oder in einer guarantierten Urkunde[2]) besteht, auch die formelle Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel der Parteivereinbarung unterliegt. Hiernach ist es möglich, dass diejenige Partei, gegen die die etwaige Zwangsvollstreckung sich richten soll, der anderen Partei vertraglich das Recht einräumt, auf einseitigen Antrag die Vollstreckungsklausel zu verlangen, ohne diejenigen Umstände nachweisen zu müssen, von denen die materielle Begründetheit der Zwangsvollstreckung, also z. B. die Fälligkeit der Forderung oder das Unbedingtwerden der suspensiv bedingten Forderung abhängt. Für diese beiden Beispiele ist die Frage in der Praxis ohne wei-

[1]) § 794 Z. 1 u. 2 ZPO.
[2]) § 794 Z. 5 ZPO.

teres in dem hier vertretenen Sinne gelöst. Konsequenterweise muss aber dasselbe auch gelten für die Entstehung der Forderung überhaupt. Denn der Rechtsgedanke, auf dem die Wirksamkeit einer Vereinbarung über die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel ohne Nachweis der die Fälligkeit der Forderung etc. begründenden Umstände beruht, ist nicht etwas dem materiellen Recht Eigentümliches, sondern bezieht sich lediglich auf die formelle Seite des Vollstreckungsrechtes. Daher schliesst auch die Vereinbarung der Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel ohne Nachweis der die materielle Begründetheit der Zwangsvollstreckung hervorrufenden Umstände keineswegs aus, dass der Vollstreckungsschuldner gegen die Zwangsvollstreckung selber auf Grund des materiellen Rechts Einwendungen erheben kann, falls die materiellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, also das Bestehen einer fälligen Forderung zurzeit der Zwangsvollstreckung nicht vorhanden sind.

Alle diese Erwägungen führen zu dem Resultate, dass bei einer Hypothek für künftige Forderungen die vertragliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung gemäss § 794 Z. 5 wohl möglich ist, ohne dass die Forderung bereits entstanden ist, und dass gleichzeitig dem Hypothekengläubiger das Recht eingeräumt werden kann, vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne Nachweis des Entstehens der Forderung zu verlangen.[1])

Was nun bei jeder Hypothek möglich ist, ist auch bei der Maximalhypothek möglich, weil hier das Gegenteil nicht aus der Bestellungsweise der Maximalhypothek folgt. Zu beachten ist hierbei nur, dass in der Urkunde,

---

[1]) Praktisch bedeutet das keine Verschiebung der materiellen Rechtslage, sondern lediglich eine Erleichterung der Geltendmachung der Hypothek dadurch, dass der Gläubiger in der Lage ist, ohne weiteres die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben, obwohl er es nur darf, wenn dieses Vorgehen materiell begründet ist, und dass er des Nachweises dieser Begründetheit seines Vorgehens enthoben ist, vielmehr dem Eigentümer es obliegt, die Unbegründetheit der Zwangsvollstreckung geltend zu machen.

in welcher die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ausgesprochen ist, eine bestimmte Forderung, wegen der die Zwangsvollstreckung aus der Maximalhypothek erfolgen soll, bezeichnet werden muss. Daher ist es nicht möglich, bei der Maximalhypothek die Vollstreckung wegen der jeweils bestehenden Hypothekenforderung zu bewilligen.

Hieraus folgt auch, dass es bei der Maximalhypothek unmöglich ist, die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zu bewilligen. Eine derartige Klausel erhält gegen den Erwerber des Grundstücks nur mit der Eintragung Wirksamkeit (§ 800 ZPO.) Eine solche ist aber bei der Maximalhypothek nicht möglich. Ein gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer wirkender Vollstreckungstitel muss die Forderung, wegen der die Zwangsvollstreckung erfolgen soll, bestimmt bezeichnen. Die bestimmte Bezeichnung der Forderung kann bei der Grundbucheintragung der Vollstreckungsklausel nicht entbehrt werden. Da aber das Wesen der Maximalhypothek gerade darin besteht, dass bei der Hypothekenbestellung eine bestimmt bezeichnete Forderung nicht eingetragen wird, kann auch keine nach Massgabe dieser Eintragung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer wirkende Vollstreckungsklausel eingetragen werden. [1])

Gleichwohl ist bei der Maximalhypothek die Erstreckung der vom Eigentümer wegen bestimmter Forderungen in guarantierter Urkunde bewilligten Zwangsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger des Eigentümers nicht ausgeschlossen. Die Besonderheit des § 800 ZPO. liegt nicht darin, dass die Zwangsvollstreckung aus einem Titel, der garnicht gegen diesen Eigentümer

[1]) So auch z. B. Crome III S. 799 § 484 Anm. 15; Biermann III S. 618 zu § 1190 Anm. 7; Komment. d. RGR. S. 1140 zu § 1190 Anm. 2; Staudinger III S. 951 zu § 1190 Anm. 1 c. Willenbücher (DJZ. 04. S. 1083) und Güthe (I S. 222 Vorbem. 54 z. 2. Abschn.) halten die Vormerkung des Anspruches auf die Vollstreckungsklausel gleichzeitig mit der Vorm. des Anspruches auf Umwandlung für zulässig.

gerichtet ist, gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig ist, sondern nur darin, dass gemäss § 800 Abs. 2 ZPO. die Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden nicht erforderlich ist. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den neuen Eigentümer aus einer Urkunde gemäss § 800 ZPO. ist ebenso erforderlich wie bei jedem anderen Vollstreckungstitel, der gegen den Rechtsnachfolger vollstreckt werden soll. Fehlt also bei dem Vollstreckungstitel die Besonderheit des § 800, so ist damit die Vollstreckung gegen den neuen Eigentümer keineswegs gehindert: denn gegen ihn als Rechtsnachfolger kann die Vollstreckungsklausel nach den allgemeinen Grundsätzen[1]) umgeschrieben werden; genau ebenso, wie bei einem mit der Besonderheit des § 800 ZPO. versehenen Vollstreckungstitel. Erforderlich ist hier nur mehr, dass dem neuen Eigentümer eine Ausfertigung der Auflassungsverhandlung und eine beglaubigte Abschrift der in Abt. I des Grundbuches befindlichen Eintragung gemäss § 800 Abs. 2 in Verbindung mit § 750 ZPO. zugestellt wird.

Als Resultat für die Maximalhypothek ergibt sich daher als einzige Besonderheit die Unmöglichkeit der grundbuchmässigen Eintragung der Vollstreckungsklausel und damit der Erleichterung der Zwangsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger gemäss § 800 ZPO. Im übrigen aber kann die vertragliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei der Maximalhypothek genau wie bei jeder anderen Hypothek stattfinden. Im praktischen Ergebnis also unterscheidet sich die Maximalhypothek nicht von anderen Hypotheken, da die Nichtanwendbarkeit des § 800 ZPO. wirtschaftlich nur von ganz untergeordneter Bedeutung ist.

---

[1]) § 795 in Verbindung mit § 727 ZPO.

Die Geltendmachung der Maximalhypothek:

2. insoweit sie Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek ist.

§ 25.

Die Geltendmachung der Maximalhypothek, soweit sie Eigentümergrundschuld oder etwa Eigentümer- oder Fremdregresshypothek ist, gipfelt in der Möglichkeit der actio negatoria gegenüber dem eingetragenen Gläubiger. Prinzipiell besteht diese actio negatoria mit dem Ziel auf Berichtigung des Grundbuches. Dass es sich um eine actio negatoria hierbei handelt, beweist der erstrebte Erfolg: Die Beseitigung der dinglichen Rechtsbeeinträchtigung zwecks freier Verfügung über das Recht. Inwiefern diese actio negatoria durch den Gläubiger im Wege der Einrede aus dem pactum de hypothecando aus dem Felde geschlagen wird, ist bereits erörtert.[1]) Es bedarf im Falle einer solchen Klage seitens des Gläubigers nur der Darlegung des Grundverhältnisses. Im Streitfalle hat der Gläubiger nachzuweisen, dass weitere Forderungen noch entstehen können, wenn und soweit er mit der Einrede durchdringen will. Die Grundbucheintragung bei der Maximalhypothek erleichtert ihm diesen Nachweis nicht, was im Gegensatz dazu bei der Verkehrshypothek für künftige Forderungen eintreten würde, bei der im übrigen auch dieselbe Frage auftreten kann. Dies folgt aus der Natur der Maximalhypothek als Sicherungshypothek.

Ist die Maximalhypothek für sämtliche Forderungen des Gläubigers ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Grundverhältnis eingetragen, so ist zwar auch in diesem Falle der Gläubiger zum Nachweis der Entstehungsmöglichkeit weiterer Forderungen verpflichtet. Ein Streitfall ist hier nur so denkbar, dass der Gläubiger, wenn und soweit er die Einrede geltend macht, die Möglichkeit weiterer Forderungen behauptet, der Kläger aber die Entstehungsmöglichkeit weiterer Forde-

[1]) Vergl. § 8.

rungen unter Angabe bestimmter Momente, warum er die Entstehungsmöglichkeit weiterer Forderungen für ausgeschlossen hält, bestreitet. Andernfalls würde kein genügend substantiiertes Bestreiten vorliegen. Diese Substantiierungspflicht erleichtert die Rechtstellung des beklagten Gläubigers. Bei der Maximalhypothek für Forderungen aus einem bestimmten Grundverhältnis hingegen genügt zum substantiierten Bestreiten ein einfaches Bestreiten: Da der Forderungskreis umgrenzt ist, wird dadurch die Entstehungsmöglichkeit von Forderungen gehemmt, wenn das Grundverhältnis sein Ende erreicht. Dieses letztere braucht auch der Kläger nur zu behaupten, der Gegenbeweis ist dann vom Gläubiger zu führen.

Da es sich bei der Einrede des Gläubigers um eine Einrede handelt und nicht etwa um einen Anspruchsausschliessungsgrund,[1]) würde im Versäumnisfalle der beklagte Gläubiger durch Versäumnisurteil zu verurteilen sein, selbst wenn der Kläger in der Klage bereits Tatsachen vorgebracht hat, aus denen auf die Möglichkeit der Entstehung weiterer Forderungen und damit auf das Durchgreifen der Einrede des Beklagten aus dem pactum de hypothecando zu schliessen ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nach dem Wortlaut des § 1176 das übergegangene Gläubigerrecht nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Die Geltendmachung der Maximalhypothek, soweit sie Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek geworden ist, allein bedeutet noch keinen Nachteil gegenüber der Gläubigerstellung. Der Nachteil würde nur in dem Verlust der ursprünglich dem Besteller gegenüber bestehenden Einrede liegen und nur der Verlust dieser Einrede wird durch gesetzliche Vorschrift ausgeschlossen. Bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit dieser actio negatoria gilt ZPO. § 895:

---

[1]) vgl. § 8 d. Arbeit und Eneccerus-Kipp-Wolff II, 1 S. 522 § 145 II.

Nur die Eintragung eines Widerspruches in das Grundbuch ist möglich.

Die Geltendmachung des Anspruchs auf Berichtigung des Grundbuches kann auch im Wege des § 22 GBO. ohne Prozess und Bewilligung des als berechtigten Eingetragenen dann erfolgen, wenn der wirkliche Berechtigte die Unrichtigkeit des Grundbuches durch öffentliche Urkunden nachweist.[1]) Derartige öffentliche Urkunden werden aber nur in dem Falle dem wirklichen Berechtigten zur Verfügung stehen, wenn der eingetragene Gläubiger in notarieller oder gerichtlicher Form auf die Hypothek ganz oder teilweise verzichtet oder anerkennt, dass weitere Forderungen als die bisher entstandenen, bestimmt angegebenen, nicht mehr zur Entstehung gelangen werden. Ein Anspruch auf Abgabe derartiger Erklärungen steht dem Eigentümer resp. dritten Regressberechtigten zwar zu, ist aber als actio negatoria ebenso einredebehaftet wie der Berichtigungsanspruch des § 894 BGB.

---

2. Abschnitt.

Die Behandlung der Maximalhypothek bei der Zwangsversteigerung in das Grundstück.

§ 26.

Bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück, d. h. bei demjenigen Verfahren, durch welches die Maximalhypothek verwirklicht wird, ist in erster Linie zu beachten, dass es sich um eine Hypothek handelt und zwar, wie gezeigt, um eine unbedingte Hypothek, deren Höchstbetrag den Betrag der Grundstücksbelastung darstellt. Hiernach ist prinzipiell die Behandlung einer Maximalhypothek in der Zwangsversteigerung von der einer anderen Hypothek nicht im geringsten verschieden.

---

[1]) § 29 GBO.

Gehört die Maximalhypothek zu den Rechten, die in das geringste Gebot fallen, so ist der Höchstbetrag der Maximalhypothek aufzunehmen.[1]) Als Nebenleistungen kommen für das geringste Gebot nur die Kosten der Rechtsverfolgung in Betracht, nicht dagegen Zinsen und andere Nebenleistungen, die in den Höchstbetrag einzurechnen sind. Dies ist eine gesetzliche Abweichung der Maximalhypothek von anderen Hypotheken. Die Einrechnung der Zinsen und Nebenleistungen hat aber hier noch zur Folge, dass bei Ansprüchen, die durch die Maximalhypothek gesichert sind, eine Unterscheidung zwischen laufenden und rückständigen Beträgen nicht in Betracht kommt. Es kann also, soweit nur die wiederkehrenden Nebenleistungen den Höchstbetrag nicht übersteigen, die Rangordnung nach § 10 Ziff. 4 und § 18 ZVG. nicht in Frage kommen. Zinsbeträge die länger als 2 Jahre von der Beschlagnahme oder vor dem gemäss § 13 massgebenden Zeitpunkte an gerechnet rückständig sind, gehen daher, soweit sie nur unter den Höchstbetrag fallen, den nachstehenden Rechten, die an sich unter Klasse 4 fallen, im Gegensatz zu § 10 Ziff. 8 vor. Soweit die Zinsen den Höchstbetrag übersteigen, sind sie durch die Hypotheken überhaupt nicht gesichert und beim Teilungsplan nicht zu berücksichtigen, ausser wenn sie vom betreibenden Gläubiger, der auf Grund eines obligatorischen Titels die Zwangsversteigerung betreibt, angemeldet sind; dann würden diese Ansprüche nicht nach Massgabe von Klasse, 4, wohl aber nach Klasse 5 zu berücksichtigen sein.

---

[1]) So auch Staudinger III S. 962 zu § 1190 Anm. 11a; Biermann III S. 613 zu § 1190 Anm. 3 a; Kretschmar S. 604/605 zu § 1190 Anm. 6a; Goldmann-Lilienthal II S 603 § 81 II 1 und S. 950; Lafrenz in Gruchot Bd 46 S. 337; Fischer-Schäfer S. 168 zu § 14 A. 5; Warneyer 4. Jahrg. 1911 Heft 8 S. 393 No. 351. Dagegen Neumann S. 972 zu § 1190 Anm. 9 a; Herold ZBL. FG. 4 No. 19 S. 699; Kretschmar Seuff. Arch. Bd. 72 S. 45 ff., welche die Forderung bei der Maximalhypothek für aufschiebend bedingt halten und demgemäss die Anwendbarkeit der §§ 14 etc. ZVG. aussprechen.

Von einer Anwendung §§ 14 und 120 ZVG. kann nicht die Rede sein: Denn unbestimmt ist garnicht der Betrag des Rechtes, sondern höchstens die Person, welcher der Verteilungserlös zufällt. Hieraus folgt auch nach den früheren Darstellungen über die Wirkungslosigkeit der Feststellung auf die Maximalhypothek[1]) für die Zwangsversteigerung, dass prinzipiell keiner der Zwangsversteigerungsvorgänge, selbst wenn darin nebenbei eine Feststellung der Forderung enthalten sein würde, auf die Beteiligung der Berechtigten an der Maximalhypothek irgendwelchen Einfluss hat.[2]) Es wird daher weder durch die Beschlagnahme des Grundstücks verhindert, dass weitere Forderungen durch die Maximalhypothek gesichert werden, noch geschieht dies durch den Zuschlag, noch durch die Anberaumung des Verteilungstermines. Erlischt die Maximalhypothek durch den Zuschlag, dann tritt an die Stelle der Grundstückshaftung der Anspruch auf den auf die Maximalhypothek entfallenden Teil des Versteigerungserlöses. Inwieweit daran der frühere Hypothekengläubiger, der Eigentümer oder regressberechtigte Dritte einen Anspruch haben, wird durch die Feststellung des Teilungsplanes noch nicht endgültig festgesetzt. Ist vor der Genehmigung des Teilungsplanes Streit über das auf die Maximalhypothek entfallende Liquidat entstanden, dann ist nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu hinterlegen, und der Widerspruch gegen den Teilungsplan nach den allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechts zu verfolgen. Der Teilungsplan ist dann dahin zu ergänzen, dass die Eventualverteilung festzustellen ist. Wird das entsprechende Liquidat vom Ersteigerer nicht in bar berichtigt und infolgedessen ein Sicherungs-

---

[1]) Vergl. § 14.

[2]) Derselben Ansicht Crome S. 800 § 484 3 d; Biermann S. 614 zu § 1190 Anm. 3 b; Kretschmar S. 605 zu § 1190 Anm. 6 e; RGR. Komm S. 1139 Anm. 1; Staudinger S. 959 Anm. 5 c zu § 1190; Fischer-Schäfer S. 185 zu § 28 Anm. 1. Anders Schreiber (Sächs. Arch. Bd. 12 S. 332), der annimmt, dass durch den Zuschlag entschieden werde, dass weitere Forderungen nicht entstehen können.

hypothek eingetragen, so ist der Anspruch gegen den Ersteigerer unter entgegengesetzten Bedingungen auf Gläubiger und Eigentümer zu übertragen und dies bei Eintragung der Sicherungshypothek zum Ausdruck zu bringen.[1]) Der Widerspruch verliert seine Wirkung, falls nicht rechtzeitig Klage erhoben, und dies dem Vollstreckungsrichter nachgewiesen wird.[2]) Auch die Genehmigung des Teilungsplanes berührt nicht die Entstehungsmöglichkeit weiterer Forderungen, die unter die Maximalhypothek fallen würden, wenn sie durch den Zuschlag nicht untergegangen wäre; dann ist der Teilungsplan nachträglich unrichtig geworden. Vor Ausführung des Teilungsplanes besteht immer noch die Möglichkeit, trotz der Genehmigung unter Darlegung des Tatbestandes die Ausführung zu verhindern.

Wenn infolge der Nichteinlegung eines Widerspruches die Verteilung des Versteigerungserlöses stattgefunden hat, so werden dadurch die Rechte des Gläubigers nicht geschmälert. Es handelt sich zwar nicht mehr um die Befriedigung aus dem an die Stelle des Grundstücks getretenen Versteigerungserlöse, denn dieser ist als solcher nicht mehr vorhanden; wohl aber kann der Gläubiger mit der Klage aus §§ 812, 816 BGB. seinen Anspruch verfolgen. Dies gilt auch für Forderungen, die nach der Feststellung des Teilungsplans, aber vor Ausführung desselben entstanden sind.

Alles Vorstehende kommt aber nicht in Betracht, wenn n a c h Ausführung des Teilungsplanes Forderungen entstehen, die unter die Maximalhypothek gefallen wären, wenn sie noch bestände. Denn hier ist ein Pfandobjekt weder in Gestalt des Grundstücks noch in Gestalt des Versteigerungserlöses bei Entstehung der Forderung vorhanden gewesen. In diesem Falle ist der Gläubiger auf die rein obligatorischen Ansprüche angewiesen.

---

[1]) So auch Jäckel-Güthe zu § 114 Anm. 6 S 456; Fischer-Schäfer S. 393 zu § 120 Anm. 1.

[2]) ZPO. §§ 876/82; ZVG. § 115.

Bei Verschiedenheit von Schuldner und Eigentümer wird es sich fragen, ob der Gläubiger den Eigentümer neben dem Schuldner insoweit haftbar machen kann, als er Beträge aus dem Versteigerungserlöse erhalten hat. Nach den früheren Ausführungen muss ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung durchgreifen und zwar als condictio causa data causa non sectua oder als condictio ob causam finitam. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der §§ 1176 etc.[1]) Der Gläubiger, der gegen den Schuldner den Bereicherungsanspruch wegen des Versteigerungserlöses hat, kann nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass der Eigentümer einen Teil des Versteigerungserlöses erhält. Überhaupt ist demgemäss zu beachten, dass, soweit der Versteigerungserlös nicht zur Deckung des Höchstbetrages ausreicht, der Gläubiger dem Grundstückseigentümer und dem Regressberechtigten vorgeht. Im Teilungsplan ist das dahin zum Ausdruck zu bringen, dass zwar das gesamte auf die Maximalhypothek entfallende Liquidat als ein einheitlicher Anspruch im Rangverhältnis zu den übrigen Beteiligten zu bewerten, dass innerhalb des Liquidats dem Gläubiger aber vorzugsweise Befriedigung zu gewähren ist.

Bei der Zwangsverwaltung sind diese Grundsätze des Zwangsversteigerungsverfahrens entsprechend zur Anwendung zu bringen.

3. Abschnitt.

Die Zwangsvollstreckung in die Maximalhypothek:

I. insoweit sie Gläubigerhypothek ist.

§ 27.

Die Zwangsvollstreckung in die Maximalhypothek, soweit sie Gläubigerhypothek ist, kann nach dem Grund-

[1]) § 11.

satz, dass die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, nur durch die Zwangsvollstreckung in die Forderung und die Hypothek erfolgen. Das Verfahren richtet sich nach § 830 Abs. II und 837 Abs. I ZPO. Die Maximalhypothek ist Buchhypothek, daher ist zur Zwangsvollstreckung die Eintragung der Pfändung im Grundbuch erforderlich. Die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses. Die Besonderheit der Maximalhypothek besteht nun darin, dass der Grundbuchrichter, falls die Maximalhypothek für sämtliche Forderungen des Gläubigers eingetragen ist, die Identität der in dem Pfändungsbeschluss bezeichneten Forderung mit der in der Grundbucheintragung bezeichneten nicht nachprüfen kann. Ist hingegen die Haftung der Maximalhypothek auf die Forderungen aus einem bestimmten Grundverhältnis beschränkt, so hat der Grundbuchrichter zu prüfen, ob die Forderung des Pfändungsbeschlusses unter die durch die Maximalhypothek gesicherten Forderungen fällt. Im übrigen ergibt sich, dass rein praktisch, da die Maximalhypothek eine bestimmte Forderung überhaupt nicht bezeichnet, der Grundbuchrichter nie zur Nachprüfung im Stande ist, ob die im Pfändungsbeschluss angegebene Forderung entstanden ist. Hieraus folgt, dass, da bei Antrag auf Erlass des Pfändungsbeschlusses die Forderung als bestehend angegeben werden kann, selbst wenn sie noch nicht besteht, und dies der Nachprüfung durch den Vollstreckungsrichter entzogen ist, die Pfändung der Hypothek bewirkt werden kann, bevor eine Forderung zur Entstehung gelangt ist. Eine derartige Pfändung ist an sich zunächst unwirksam: denn ebenso wie das Grundbuch unrichtig ist, solange es die Hypothek, die eine Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek ist, als dem Gläubiger zustehend bezeichnet, ebenso unrichtig ist auch die Eintragung einer Pfändung dieser in Wirklichkeit garnicht bestehenden Gläubigerhypothek. Der Pfandgläubiger ist als Rechtsnachfolger des eingetragenen Gläubigers anzusehen, und mit der Pfändung

gehen die entsprechenden Rechte des Gläubigers an der Hypothek, soweit sie zur Geltendmachung des Pfandrechtes notwendig sind, auf den Pfandgläubiger über.[1]) Deshalb muss man auch annehmen, dass die dem Gläubiger zustehende Einrede gegen den Berichtigungsanspruch des Eigentümers oder Regresshypothekars auch dem Pfandgläubiger als Rechtsnachfolger des Gläubigers zusteht. Das letztere hat allerdings zur Voraussetzung, dass man die Frage nach der Übertragbarkeit künftiger Rechte bejaht.[2])

Die Verwertung der Maximalhypothek durch Überweisung geschieht nach den gewöhnlichen Vorschriften. Auch hier muss angenommen werden, dass die Ueberweisung der noch nicht bestehenden Forderung mit der als solcher noch nicht bestehenden Gläubigerhypothek im voraus möglich ist. Notwendig zur Überweisung der Hypothek ist die Eintragung im Grundbuch, bei welcher wiederum wie vorher die Prüfung des Bestandes der Forderung nicht stattfinden kann. Die Übertragung steht dann unter der Voraussetzung, dass die Forderung zur Enstehung gelangt. Entsteht die Forderung, dann entsteht sie sofort in der Person des Pfandgläubigers. Der Überweisungsgläubiger erwirbt die Hypothek, gleichgültig, ob er die ganze Maximalhypothek oder einen Teil derselben — das letztere wird bei der Maximalhypothek die Regel sein, weil diese für unbestimmte Forderungen bestellt zu sein pflegt, trotzdem dies an sich nicht notwendig ist — gepfändet hat, als Maximalhypothek. Es entstehen also auf diese Weise aus der einen Maximalhypothek zwei: Würde dann der Pfandgläubiger befriedigt, und tritt deshalb ein Übergang der ihm überwiesenen Forderung auf den Eigentümer oder Regresshypothekar ein, dann könnte

---

[1]) Auch in der Begründung des Pfandrechts liegt bereits eine Rechtsnachfolge, selbst wenn eine Uebertragung der Hypothek durch Ueberweisung der Forderung und Umschreibung im Grundbuch nicht erfolgt ist.

[2]) vgl. § 18.

nach den obigen Grundsätzen[1]) diese übergegangene Grundstücksbelastung nicht dem usprünglichen Gläubiger gegenüber zu dessen Nachteil geltend gemacht werden. Mit anderen Worten: Der Eigentümer oder Regresshypothekar kann nicht dadurch etwas gewinnen, dass durch die Zwangsvollstreckung die Maximalhypothek in zwei Teile zerlegt wird. Das gleiche gilt auch dann, wenn die ganze Maximalhypothek überwiesen ist, die Gesamtheit der durch die Hypothek zu sichernden Forderungen aber den Höchstbetrag übersteigt, und die Maximalhypothek somit eine dingliche Teilgarantie darstellt. In solchen Fällen würde nämlich der Eigentümer durch Befriedigung des Pfändungsgläubigers die Maximalhypothek desselben als endgültige Eigentümergrundschuld erwerben, und sie wäre der Sicherung für Forderungen des ursprünglichen Gläubigers entzogen, während ohne die eingetretene Pfändung der Eigentümer durch Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers nur eine Eigentümergrundschuld erhalten hätte, deren Geltendmachung der usprüngliche Gläubiger die Einrede aus dem pactum de hypothecando entgegensetzen könnte. Diese Rechtslage ist aber wieder nach dem Prinzipe der §§ 1176 etc. zu beurteilen. Diese Vorschriften würden eingreifen, wenn das erworbene Recht des Eigentümers oder Regresshypothekars unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger herrührt. Das gleiche muss aber auch gelten, wenn die Hypothek durch dritte Hände gegangen ist. Der Grundsatz der §§ 1176 etc. bedeutet, dass der Übergang vom Gläubigerrecht auf einen „quasi-Gesamtschuldner" nur das interne Verhältnis zwischen diesem „quasi-Gesamtschuldner" betreffen soll und immer nur dann und insoweit praktische Bedeutung erlangt, als für den Gläubiger selbst kein Interesse mehr an den Gläubigerrechten besteht. Dieses Interesse des Gläubigers an dem Gläubigerrecht hört erst dann und insoweit auf, wenn der Gläubiger wegen

[1]) vgl. § 11.

sämtlicher Forderungen Befriedigung erlangt hat. Eine Befriedigung des Gläubigers liegt nun ebenso gut dann vor, wenn er selbst Zahlung erhält, als auch dann, wenn er auf indirektem Wege durch die Zahlung an einen Dritten, z. B. dem Pfändungspfandgläubiger, von einer Schuld befreit wird. Diese Schuldbefreiung durch Zahlung an den Pfandgläubiger, wie es bei der Überweisung zur Einziehung der Fall ist, steht einer Zahlung an den Gläubiger unmittelbar gleich. Diese Ansicht muss dazu führen, dass auch in Bezug auf die früher gezeigten Konsequenzen der §§ 1176 etc. die Zahlung an den Dritten mit der Wirkung der Schuldbefreiung des Gläubigers der Zahlung an diesen gleichsteht. Bei Überweisung an Zahlungstatt tritt allerdings die Schuldbefreiung nicht durch die Zahlung, sondern schon durch die Überweisung ein. In diesem Falle aber muss der Uebergang der Gläubigerrechte durch die Ueberweisung ebenfalls unter dem Gesichtspunkte der §§ 1176 etc. betrachtet werden. Dieses Prinzip versagt natürlich, solange sich die Gläubigerrechte in der Hand des Pfandgläubigers befinden, denn dessen Rechtsstellung muss begrifflich dem Pfandschuldner, d. h. dem ursprünglichen Gläubiger, vorgehen. Diese Vorschrift muss aber durchgreifen, sobald der aus der Pfandgläubigerstellung folgende Vorrang fortfällt, d. h. sowie die Gläubigerrechte durch die Hand des Pfandgläubigers hindurch auf dritte Personen übergehen, die im Verhältnis zum Gläubiger als „quasi-Gesamtschuldner" im besprochenen Sinne zu betrachten sind; mit anderen Worten vom Pfändungspfandgläubiger aus gesehen auf den Drittschuldner.

Die in § 837 Abs. 3 vorgesehene Art der Pfändung bei der Maximalhypothek, dass nämlich die Hauptforderung nach den allgemeinen Vorschriften gepfändet und überwiesen werden kann, wenn der Gläubiger die Überweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungsstatt beantragt, ist eine der Bestimmung des § 1190 Abs. 4 parallele Sondervorschrift. Besonderes ist hier-

über nichts zu bemerken. Die Rechtslage gestaltet sich entsprechend der schon behandelten Uebertragung der Forderung ohne die Hypothek.[1])

Die Zwangsvollstreckung in die Maximalhypothek:

2) insoweit sie Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek ist.

§ 28.

Die Pfändung der Maximalhypothek, soweit sie Eigentümergrundschuld ist, kann infolge der Vorschrift des § 857 Abs. VI ZPO. entsprechend der Zwangsvollstreckung in eine durch Hypothek gesicherte Forderung erfolgen. Somit ist die Pfändung der Eigentümergrundschuld und einer Regresshypothek gleich zu behandeln: für letztere gelten daher dieselben hier zu findenden Ergebnisse.

Wiederum ist wie im vorangehenden Paragraphen eine entsprechende Grundbucheintragung erforderlich, die auf Grund des Pfändungsbeschlusses erfolgt. Hiernach ist auch ebenso dem Grundbuchrichter die Prüfung über das Bestehen der Eigentümergrundschuld entzogen. Er hat lediglich zu prüfen, ob das im Pfändungsbeschluss bezeichnete Recht überhaupt im Grundbuch eingetragen ist. Da nun beim Erlass des Pfändungsbeschlusses der Vollstreckungsrichter ebenfalls nicht nachprüfen kann, ob und inwieweit die Maximalhypothek Eigentümergrundschuld ist, pfändet er dieselbe als angebliche Eigentümergrundschuld. Ebenso kann auch nur die Eintragung im Grundbuch lauten. Ob und inwieweit die auf diesem Wege erfolgte Pfändung wirksam ist, hängt von der rein materiellen Frage ab, ob und inwieweit jeweils eine Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek besteht. Auf alle Fälle kann aber der Pfändungspfandgläubiger nicht mehr Rechte erwerben, als dem Pfändungsschuldner zustehen: d. h. dem Pfändungs-

[1]) vgl. § 21.

pfandgläubiger gegenüber wirkt, falls er das Pfandrecht an der Eigentümergrundschuld oder der Regresshypothek nach der Pfändung gegen den Gläubiger geltend macht und ebenso, wenn er die Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek selbst nach der Ueberweisung gegen den Gläubiger geltend macht, ebenfalls die Einrede aus dem pactum de hypothecando.[1]) Eine Weiterübertragung seitens des Ueberweisungsgläubigers ist unbedenklich, da auch dem Erwerber gegenüber diese Einrede durchgreifen muss unter Anwendung der §§ 1176 etc. Ein Erwerb kraft guten Glaubens durch einen Dritten, soweit etwa eine Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek überhaupt nicht oder zum Teil nicht besteht, kommt nicht in Frage, weil ja im Grundbuch der Pfändungsvermerk nicht erkennen lässt, ob überhaupt das gepfändete Recht und in welcher Höhe es besteht. Besteht materiell das gepfändete Recht zurzeit der Pfändung überhaupt nicht, so schliesst dies nicht aus, dass später einmal die Maximalhypothek zur Eigentümergrundschuld wird, und die Pfändung ist somit zulässig. Dies ist wieder die bejahte Frage der Uebertrag künftiger Rechte[2]). Der Rang des Pfandrechts an der Eigentümergrundschuld oder Regresshypothek bestimmt sich dann nach dem Pfändungsakt, nicht nach der Zeit der Entstehung der Eigentümergrundschuld.

Die Frage, in welchem Zeitpunkt die Pfändung bewirkt ist, wird, wenn es sich um eine Eigentümergrundschuld handelt, durch § 857 Abs. VI in Verbindung mit § 830 Abs. I ZPO. gelöst. Da ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, kommt eine Zustellung an diesen nicht in Frage. Die Pfändung der Eigentümergrundschuld ist also bewirkt, wenn der Pfändungsbeschluss

[1]) Das Ergebnis der von der hier vertretenen Theorie abweichenden Ansichten schwankt je nach den verschiedenen Standpunkten (vgl. § 12 d. Arbeit). Ueber diese Frage s. Staudinger III S. 960 zu § 1190 Anm. 7 c; v. Henle im Recht 06 S. 69; du Chesne im Recht 05 S. 644; Bruck S. 239; RG. 19. III. 02 in RGE Bd. 51, S. 120 und 11. XI. 03. in RGE. Bd 56 S 9 ff; KG. 17. V. 06 in KGJ Bd. 33 S. A 281 ff.; OLG. Jena 4. I. 05. im Recht 05 No. 579.

[2]) vgl. § 18.

dem Eigentümer zugestellt und die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist. Bei Pfändung der Regresshypothek ist ausserdem noch die Zustellung an den Drittschuldner: bei der Eigentümerregresshypothek an den Regressschuldner, bei der Fremdregresshypothek an den Eigentümer, notwendig (§ 830 in Verb. mit § 829 ZPO.). Für die vorliegende Frage, nämlich welchen Rang das Pfandrecht hat, selbst wenn die gepfändete Hypothek bezw. Grundschuld zu dem Zeitpunkte, in welchem die Pfändung bewirkt ist, nicht existiert, — die Wirksamkeit der Pfändung also von dem Entstehen der Grundschuld bezw. Hypothek noch abhängt — ist die besondere Vorschrift, des § 830 Abs. II ZPO. belanglos. Diese Vorschrift nach welcher die Pfändung schon vor der Eintragung im Grundbuch dem Drittschuldner gegenüber mit der Zustellung an diesen als bewirkt anzusehen ist, besagt in Wirklichkeit nichts über den Rang des Pfändungspfandrechtes, sondern schützt lediglich den Drittschuldner bei mehreren konkurrierenden Pfandrechten in der Weise, dass er seine Rechtsstellung nach der Reihenfolge der ihm zugestellten Pfändungsbeschlüsse beurteilen darf.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Achilles—Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preussischen Ausführungsbestimmungen.

Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB. Gehört die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht durch Forderungen gedeckte Höchsthypothek am Kridargrundstück zur Konkursmasse? Jehrings Jahrb. Bd. 50 (II. Folge Bd. 14) S. 373 ff.

Altmann, Rechtliche Bedeutung der Abtretung einer der Sicherungshypothek zu Grunde liegenden Forderung nach § 1190 Abs. IV BGB. ohne Abtretung der Hypothek. Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit X. Jahrg. Heft 12 S. 398 ff.

Badstübner, Darf der Vollsteckungsrichter trotz Eigentumswechsels eine in der Kaufgelderverteilung für eine Sicherungshypothek im Sinne des § 1190 BGB. gebildete Sondermasse — auf Grund eines persönlichen Schuldtitels gegen den Besteller — auszahlen? Seufferts Blätter für Rechtspflege 14. Jahrg. 1903 No. 8 S. 26/9.

Beck, Die Maximaleigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches 1910.

Biermann, Komentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Aufl. 1914.

Böckel, Die Sicherungshypothek 1901.

Boethke, Bei Besprechung von Försters Handbuch des formellen Grundbuchrechts, Gruchot 45. Jahrg. (VI. Folge 5. Jahrg.) 1901 S. 183 ff.

Bruck, Die Eigentümerhypothek 1908.

Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechtes, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 222 ff.

du Chesne, Das Recht des eine Maximalhypothek bestellenden Eigentümers, Deutsche Juristenzeitung 1905 No. 16/17 S. 803/5.

du Chesne, Die bedingte Eigentümergrundschuld des Bestellers einer Höchsthypothek im Recht 1905 No. 23 S. 644/5.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 5. Aufl. 1911.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens 4. Aufl. 1908.

Eccius, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen, Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 61 ff.

Eccius, Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Gruchot Bd. 48 S. 465 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 8./9. Aufl. 1905.

Enneccerus — Kipp — Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2. Bearbeitung 1913.

Erlanger, Die Übertragung von Credithypotheken, insbesondere im Falle der Fusion von Aktiengesellschaften in Holdheims Monatsschrift 1905 No. 1 S. 10/11.

Fischer—Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe 8. Aufl.

Fischer—Schaefer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preussen 2. Aufl. 1910.

Fuchs, Grundbuchrecht 1902.

Gaup—Stein, Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1913.

Gierke, Deutsches Privatrecht 1905.

Goldmann—Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt 1912.

Güthe, Die Grundbuchordnung 3. Aufl. 1913.

Güthe, Die künftige Eigentümerhypothek ZDNV. 06 Heft 12 S. 729 ff.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97, 2. Aufl. 1900.

v. Henle, bei Besprechung von Güthe, die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preussischen Ausführungsbestimmungen, Recht 1906 No. 1 S. 67 ff.

Herold, Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypothek, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Jahrg. No 19 S. 695 ff.

Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek. Ein Beitrag zur Lehre von der Wirkung werdender Rechte. Arch. für bürg. Recht Bd. 25 S. 222 ff.

Horn, Die Eigentümerhypothek, 1906.

Huth, Die Erweiterung der Maximalhypothek nach der Gläubiger- und nach der Schuldnerseite (§§ 1180, 1190 BGB.) Zentralblatt für Freiw. Gerichtsbarkeit 66. Jahrg. Heft 4/5 S. 175 ff.

Huth, Umwandlung und Teilung der Höchsthypothek (§§ 1190, 1186, 1151 BGB.) ZDNV. 1911 Heft 5 S. 359 ff.

Jaeckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 4. Aufl. v. Güthe 1912.

Jaeckel, Zur Streitfrage über die Entstehung der Eigentümerhypothek in der Zwangsversteigerung, Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit 4. Jahrg. Heft 9 S. 279 ff.

Kipp, Ueber Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Sonderabdruck aus der Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand v. Martiz zum 50 jährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911.

Kober, Zur Einführung des Grundbuches, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 70. Jahrg. No. 10 S. 273 ff.

Komentar der Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Kretschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1906.

Kretschmar, Beiträge zum Zwangsversteigerungsrecht, Seufferts Blätter für Rechtsanwendnng 72. Jahrg. No. 2 S. 43 ff.

Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Jherings Jahrb. Bd. 61 S. 111 ff.

Lafrenz, Behandlung der Sicherunghypothek in der Zwangsversteigerung, Gruchot Bd. 46 S. 335 ff.

Lindemann, Zur Frage der Sicherungshypothek in der Zwangsversteigerung, Recht 06 No. 23 S. 1364/5.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 4. Aufl. 1900.

Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, Gruchot Bd. 56 S. 521 ff.

Merkens, Die Höchsthypothek und andere Grundstückspfandrechte als Unterlage für Bankkredite, Bank Archiv VII. Jahrg. No. 19 S. 304.

Merkens, Grundsicherheit für Bankkredit ZDNV. 05 Heft 9 S. 541 ff.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches 6. Aufl. 1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. 1909.

Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. Vortrag gehalten im Berliner Anwaltsverein. Veröffentlichung des B. A. V. 1903 Heft 15 S. 28/29.

Oertel, Die Maximalhypothek im deutschen bürgerlichen Recht, Diss. Leipzig. 1908.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. 06.

Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. III. 1893, 1898, 2. Aufl. 1913.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Justizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. 1899.

Rathenau, Der Uebergang der Kautionshypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch § 1190, Arch. für Ziv. R. Bd. 17 S. 192 ff.

Scholz, Kann eine Kautionshypothek abgetreten werden? Deutsche Juristenzeitung 01 Heft 16/17 S. 384.

Schreiber, Die Behandlung der sog. Schleusenbaukautionshypothek, Sächs. Arch. Bd. 13 Heft 5/6 S. 327 ff.

Schröder, Zur Lehre von der Eigentumshypothek, Zentralblatt für die Freiw. Gerichtsbarkeit, 3. Jahrg. Heft 6 S. 472 ff.

Schuppe, Die metaphysisch-naturwissenschaftliche Richtung in der Jurisprudenz, Gruchot Bd. 34 S. 801 ff.

Seuffert, Komentar zur Zivilprozessordnung 11. Aufl. 1911.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 7/8. Auflage 1912.

Sternberg, Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung Jherings Jahrb. Bd. 62 5/6. Heft.

Turnau—Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen 3. Aufl. 1906.

Wilhelm, Kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung der Zwangsvollstreckungsklausel nach § 800 Abs. 1 ZPO. in das Grundbuch eingetragen werden? Deutsche Juristenzeitung No. 22 S. 1082/3.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Reichsgrundbuchordnung. Ausgabe für Preussen 1904.

Windscheid, Ueber die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 85 S. 51 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl. von Kipp 1906.

Ferner die einschlägigen Entscheidungen des **Reichgerichts,** des **Kammergerichts** und der **Oberlandesgerichte.**

Erläuterung der Abkürzungen.

A. f. b. R. = Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann.

A. f. ziv. Pr. = Archiv für zivilistische Praxis, herausgegeben von Franke, v. Linde, Mittenmaier, Wangerow.

Bank-Archiv = Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, herausgegeben von Riesser.

DJZ, = Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts herausgegeben von Rassow, Künzel, Eccius.

Holdheims Monatsschr. = Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, Begründet von Holdheim.

Jh. Jahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg, 2. Folge Fortsetzung von Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

JW. = Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltvereins, herausgegehen von Neumann.

KGJ. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen, herausgegeben von Johow und Ring.

Komm. RGR. = Kommentar der Reichsgerichtsräte, s. Literaturverzeichnis.

Krit. Vierteljahrsschr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Birckmeyer, Hellmann und Ullmann. Fortsetzung der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger Kritischen Zeitschrift.

OLGE. = Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand herausgegeben von Sörgel.

RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von Hoffmann, v. Sommerlatt, Wulfert.

Seuff. B. f. R. A. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Gareis.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Herausgegeben von Schutt.

Warneyer = Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Warneyer.

ZBl. FG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsvollstreckung. Herausgegeben von Lobe.

ZDNV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.